Die Verjährung der dem Besteller gegen den Unternehmer auf Grund des Werkvertrages zustehenden Schadensersatzansprüche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Georg August-Universität zu Göttingen

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

Oswald Hoffmann,
Referendar in Hannover.

Göttingen 1920
Druck der Dieterich'schen Universitäts-Buchdruckerei (W. Fr. Kaestner)

Gutachter: Geheimer Justizrat Professor Dr. jur. et phil. Oertmann.

Inhaltsverzeichnis.

Literatur und Abkürzungen 5

§ 1. **Standpunkt des Reichsgerichts und der Literatur** 7
a) Stellung des Reichsgerichts 7
b) Standpunkt der Literatur 11

§ 2. **Die Grenze zwischen Schadensersatzansprüchen „wegen des Mangels" und Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der Hauptverpflichtung des Unternehmers** 12
Inhalt der Hauptverpflichtung 13
Teilweise und völlige Nichterfüllung der Hauptverpflichtung 15

§ 3. **Die Grenze zwischen den Schadensersatzansprüchen „wegen des Mangels" und Schadensersatzansprüchen wegen Schlechterfüllung** 18
a) Der Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Mängelschaden 19
b) Der Unterschied zwischen auf Mängeln (mittelbar oder unmittelbar) beruhenden Schadensersatzansprüchen und Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung einer „Nebenverpflichtung" (wegen Schlechterfüllung, positiver Vertragsverletzung) 26

§ 4. **Der Schaden als Folge des Ausbleibens der Hauptleistung und als Folge einer (vertretbar) fehlerhaften Erfüllungshandlung** . . . 35

§ 5. **Der Anspruch auf Schadensersatz „wegen des Mangels" und der Anspruch auf Schadensersatz „wegen Nichterfüllung" aus § 635 BGB.** 43
Die Voraussetzungen des allgemeinen Anspruches aus der Schlechterfüllung (wegen des Mangels) und der aus § 635 abzuleitende Anspruch 43
„Schadensersatz wegen Nichterfüllung" 45
Bedeutung des § 635 BGB. 51
§ 635 BGB. neben dem allgemeinen Schadensersatzanspruch aus Schlechterfüllung 55

§ 6. **Die der kurzen Verjährung des § 638 BGB. unterliegenden Schadensersatzansprüche des Bestellers** 57
a) Der Anspruch aus Schlechterfüllung (wegen eines Werkmangels) und der Anspruch aus 635 BGB. 57
b) Analoge Anwendung des § 638 BGB. auf andere Schadensersatzansprüche des Bestellers 60

§ 7. **Der „Mangel" des Werkes** 62
a) bei körperlichen Werken (Herstellung oder Veränderung einer Sache) 62
b) bei unkörperlichen Werken 65
aa) im allgemeinen 65
bb) im besonderen bei Beförderungsverträgen 66

Schluß: **Der Beginn der kurzen Verjährung** 73

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548120_0070

Literatur und Abkürzungen.

Archiv für Bürgerliches Recht = ABR. (hieraus beſ.: A. S. Schultze Bd. 30, S. 143 ff.; Eckſtein Bd. 43, S. 193 ff.).

Archiv für die ziviliſtiſche Praxis = AZP. (hieraus beſ.: Krückmann Bd. 101. Unmöglichkeit und Unmöglichkeits-Prozeß uſw., S. 1 ff., Heinrich Lehmann Bd. 96 S. 1 ff.).

Badiſche Rechtspraxis.

Beiträge zur Erläuterung des Deutſchen Rechts, begründet von Gruchot = Gr.

Blätter für Rechtsanwendung, begründet von Seuffert = Bl. f. R. A.

Coſack, Lehrbuch des Deutſchen Bürgerlichen Rechts, I. Jena 1913, 6. Auflage, = Coſack.

Dernburg, Lehrbuch des Deutſchen Bürgerlichen Rechts, IV. Aufl. 1915 = Dernburg.

Deutſche Juriſten Zeitung = DJZ. (hieraus beſ. Ganz, Jahrg. 1909, S. 1434).

Deutſche Literatur-Zeitung.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 9—11. Auflage = Enneccerus.

Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen = RG.

Gierke, Deutſches Privatrecht Bd. III. Schuldrecht (in Bindings Handbuch) 1917 = Gierke.

Hanſeatiſche Gerichtszeitung = HGZ.

Haymann, Anfechtung. Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Berlin 1913 = Haymann.

Hohlfeld, Paul, Die Verjährungsfriſt und die Garantiefriſt für die Mängelanſprüche beim Kauf- und Werkvertrag, Leipziger Diſſertation 1907 = Hohlfeld.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts = Jh. J. (hieraus beſ.: v. Blume Bd. 55, S. 209 ff.; Krückmann, Nachleſe zur Unmöglichkeitslehre, zweiter Beitrag S. 300 ff., 233 ff.).

Julius, Leopold, Inwieweit iſt der Verkäufer nach dem BGB. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet. Erlanger Diſſertation 1907 = Julius.

Juriſtiſche Monatsſchrift für Poſen, Weſtpreußen und Pommern. = Po. Mon.-Schr.

Juriſtiſche Wochenſchrift = JW.

Kipp, Gutachten in den Verhandlungen des 27. Deutſchen Juriſten-Tages, Bd. I, S. 228 ff.

Klein, Peter, Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908. = Klein.

Knott, Herbert, Die Beſtimmungen des BGB. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den allgemeinen Beſtimmungen über die Unmöglichkeit der Leiſtung. Halle Diſſ. 1903. = Knott.

Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten, II. Aufl., 1913.

Krahmer, Horſt, Gegenſeitige Verträge. Halle 1904. = Krahmer.

Krückmann, Anfechtung, Wandlung und Schadenserſatz beim Viehkauf, Neudamm 1904 = Krückmann Viehkauf.

Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. München 1907 (Bd 15, S. 1 ff. der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer) = Lehmann, Unterlassungspflicht.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. = LZ.
Leonhard, Franz, Verschulden beim Vertragsschluß. Berlin 1908 = Leonhard.
Levy, Julius, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Erlanger Diss. 1903. = Levy.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I., 1902; II. 1908. = Lotmar.
Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht, im Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd, 7, Abt. 1, S. 430 ff. = Mittelstein.
Motive zum Entwurf (I) eines BGB für das Deutsche Reich. = Mot.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des BGB., III./IV. Aufl. Berlin 1910 = Oertmann.
Planck, Kommentar zum BGB. (bes. zum Recht der Schuldverhältnisse, allgemeiner Teil, 4. Aufl. Berlin 1914 von Siber) = Planck.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristen-Stand. = Recht.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen. = OLG.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. f. d. D. R. München 1900 (Bd. 4, S. 505 ff. von Fischers Abhandlungen). = Riezler.
Rümelin, Gustav Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905 = Rümelin.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege. = Sächs. Arch.
Schroeder, John Ulrich, Zur Lehre von der Gewährleistung wegen Mängel der Hauptsache nach dem BGB. Hallesche Diss. 1903. = Schroeder.
Sieveking, Alfred, Das Deutsche Seerecht (mit Ausschluß des Seeversicherungsrechts). Ein praktisches Lehrbuch. Hamburg 1907. = Sieveking.
Staudinger, Kom. z. BGB. 7/8. Aufl. = Staudinger.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, Leipzig 1900. = Titze.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des BGB., Bd. I—III. (In Bindings Handbuch). = v. Tuhr.
Warneyer, Ergänzungsband zum Jahrbuch der Entscheidungen. = W.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt. = ZHR.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. = BZR.
Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut. = Grünhuts Zeitschrift.
Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, in der Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum. Berlin 1911, S. 263 ff. = Zitelmann.

Fernere Abkürzungen:
ALR. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
C. c. = Code civil.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
EVO. = Eisenbahnverkehrsordnung.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
Paragraphen ohne Zusatz bedeuten Paragraphen des BGB.

§ 1.

a) Nach § 638 BGB. verjährt der dem Besteller eines Werkes wegen eines Mangels des Werkes gegen den Unternehmer zustehende Anspruch auf Schadensersatz in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren, also in kürzeren Fristen als der allgemeinen 30jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der ihm folgenden Oberlandesgerichte (mit Ausnahme des ersten Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts) hat bei Anwendung dieser Verjährungsvorschrift eigenartige Wege eingeschlagen. Nach ihr fallen unter § 638 nur die auf die Vorschrift des § 635 begründeten Ansprüche. Hierunter sollen nur solche Ansprüche zu verstehen sein, mit welchen ein Schaden verfolgt wird, welcher den gelieferten Werken unmittelbar anhaftet (s. zunächst RG. 64, 41 ff.), mit dem Werke unmittelbar zusammenhängt. Demnach soll ein Schadensersatzanspruch dann, wenn der Schaden nur als mittelbare Folge des Werkmangels anzusehen sei, der langen Verjährung des § 195 unterworfen sein. Ferner nimmt die Rechtsprechung diejenigen Ansprüche aus, welche sich auf ein positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes, (s. zunächst RG. 62, 119 ff.; 66, 12 ff.) oder darauf zurückführen ließen, daß der Unternehmer unter Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt das Eigentum des Bestellers beschädigt habe (s. W. Bd. 4, 1911, S. 181 ff., Nr. 168; OLG. – München – 22, 307); so werden vor allen Dingen die Ansprüche des Fahrgastes gegen den Transportunternehmer wegen Verletzungen des Fahrgastes oder einer Sache, die während der Beförderung in vom Unternehmer zu vertretender Weise erfolgt sind, der langen Verjährung unterworfen. Die Ansprüche, welche in der langen Frist verjähren sollen, werden als allgemeine, aus § 276 abzuleitende Schadensersatzansprüche aufgefaßt.

aa) In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung angenommen, daß der entstandene Schaden dem Mangel des Werkes nicht unmittelbar anhafte, sodaß der Schadensersatzanspruch der kurzen Verjährung nicht unterliege.

Die grundlegende Entscheidung ist hier die des 7. Zivilsenats des

Reichsgerichts in RG. 64, 41 ff. (= JW. 1906, 552). Der Grundstückstaxator hatte die zu liefernde Taxe insofern falsch aufgestellt, als er eine auf dem Grundstücke lastende Jahresrente mit dem Zwölfeinhalbfachen des Jahreswertes in Rechnung setzte, anstatt, wie es nach den maßgebenden landschaftlichen Grundsätzen erforderlich gewesen wäre, mit dem 25fachen. Als die Klägerin, welche die Taxe bestellt hatte, unter deren Zugrundelegung das Grundstück kaufte, erlitt sie einen Schaden, indem sie zu teuer kaufte. Das Reichsgericht kommt zu der Schlußfolgerung, daß hier ein Schaden vorliege, der mit der Fertigstellung und Ablieferung des in Rede stehenden Werkes, nämlich der Taxe, nicht an sich vorgelegen habe, vielmehr erst später, als von dem Taxinstrument Gebrauch gemacht worden sei, eingetreten sei. Ferner: Gr. 55, 944 ff. (= J. W. 1911, 44[6]) — 7. Senat. — Beim Benutzen des gelieferten Klavierstuhls durch den Besteller löste sich ein Stuhlbein, sodaß der Besteller einen körperlichen Unfall erlitt.

Der 4. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts im Recht 1918 Nr. 512: Ein Spediteur hatte die Verpflichtung übernommen, die Ware zu empfangen, zu verwiegen, zu untersuchen und dann weiter zu versenden. Das Gericht erklärt, unter Berufung auf RG. 66, 16 und 64, 43, für den Fall, daß es sich hier um einen Werkvertrag handele (es selbst nimmt Dienstvertrag an), unterlägen die Schadensersatzansprüche gegen den Spediteur wegen mangelhafter Verwiegung und Untersuchung nicht der kurzen Verjährung des § 638. Denn es handele sich nicht um einen dem Werk unmittelbar anhaftenden Fehler, sondern um einen Mangel, der sich erst bei der Benutzung des Werkes ergebe.

bb) Zahlreicher sind die Fälle, in denen die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 638 abgelehnt ist, da der Schaden eine Folge der Verletzung der erforderlichen Sorgfalt sei.

Zunächst die Entscheidungen aus dem Gebiete des Beförderungsvertrages.

Grundlegend ist RG. 62, 119 ff. — 7. Senat — (= JW. 1906, 13[30] = DJZ. 1906, 262): Die in einem Benzinmotorwagen fahrende Klägerin war durch das Umstürzen des Motorwagens verletzt worden; außerdem RG. 66, 12 ff. — 6. Senat — (= JW. 1907, 330[6]): Der Fahrgast eines Straßenbahnwagens war bei einem Zusammenstoß der Straßenbahn mit einem Güterzuge zu Schaden gekommen. Der 6. Senat erklärt in dieser Entscheidung, seinen Standpunkt in JW. 1905 484[1] (= Bl. f. R. A. 71, 119 ff.), in der er einen nach sächsischem Recht zu beurteilenden Anspruch eines bei einem Transport Verletzten gemäß Art. 169 EG. BGB. der kurzen Verjährung des § 638 unterworfen hatte, da es sich um einen Mangel des Werkes handele, nicht aufrecht erhalten zu wollen. Außerdem W. 1912, S. 280 f., Nr. 245 — 7. Senat —; RG. 86, 380 — 6. Senat —; der eigenartig liegende Fall in W. Bd. 1 1908, S. 218 Nr. 303 — 6. Senat — (= BZR. Bd. 4,

1908 S. 266 = JW. 1908, 196[10] = R. 1908, S. 163, Nr. 968)[1]; RG. in W. Bd. 4, 1911, S. 181 f., Nr. 168 – 7. Senat –: Der Unternehmer hatte in einer Wohnung eine elektrische Lichtanlage herzustellen. Ein Angestellter des Unternehmers verursachte, während er mit der Herstellung der Lichtanlage beschäftigt war, mit einer Lötlampe einen Brand im Zimmer. OLG. – München – 22, 307: Der Werkvertrag hatte das Beschlagen eines Pferdes zum Inhalt. Beim Beschlagen durch den Hufschmied trat das Pferd in einen alten umherliegenden Hufnagel, der in den soeben frisch gereinigten Hufkern eindrang. Die Folge war, daß der Hufkern eiterte und das Pferd schließlich verendete. In einer, der Vollständigkeit halber zu erwähnenden Entscheidung scheint das Reichsgericht seinen sonst eingehaltenen Standpunkt verlassen zu haben. Es ist dies das im Recht 1905, S. 617, Nr. 25, 40 veröffentlichte Urteil des 6. Senats des höchsten Gerichtshofes. Hier verlangte der Kläger, der bei einer Eisenbahnfahrt einen Transportunfall erlitten hatte, Schmerzensgeld. Das Reichsgericht entschied: „Der Kläger hatte eine Fortsetzung der Eisenbahnfahrt, bei welcher er verunglückte, nicht beabsichtigt; demgemäß erschien der Transport mit dem Unfall vollendet, so daß gemäß § 638 Verjährung eingetreten sein würde, insoweit Schadensersatzansprüche auf den Transportvertrag begründet würden". Da der Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens sich aber auf § 847 stütze, also außervertragliches Verschulden voraussetze, komme hierfür § 638 nicht in Frage.

In den nachstehenden Fällen ist die kurze Verjährung mit der oben angeführten Begründung angewandt worden:

RG. 71, 173 ff. – 7. Senat –: Der Unternehmer hatte eine nicht ordnungsmäßig funktionierende Trockenluftkühlanlage für die Schlachterei des Bestellers geliefert. In der Kühlanlage war infolge ihrer mangelhaften Einrichtung Fleisch verdorben. Das RG. sagt, der Ersatzanspruch sei, Verschulden des Unternehmers vorausgesetzt, auch ohne Ingebrauchnahme der Kühlanlage (anders als im Falle der unrichtigen Taxe, RG. 64 a. a. O.) gegeben; das Gebrauchen der Anlage mit dem von dem Besteller behaupteten Mißerfolge bringe nicht den Anspruch selbst zur Entstehung, sondern gebe nur eine Grundlage für die Schadensberechnung. Der Anspruch auf Schadensersatz stehe somit „unmittelbar und direkt" mit dem Mangel des Werkes im Zusammenhang.

RG. – 7. Senat – LZ. 1916 S. 1362 f. (= Recht 1916, 222). Der Unternehmer eines Neubaues hatte ordnungswidrig frisches Holz und nassen Lehm zur Herstellung des Baues benutzt, so daß später der ganze Bau faulte, woraus dann ein Schadensersatzanspruch abgeleitet wurde.

---

1) Siehe unten Seite 72 f., auch 42.

RG. 93, 158 ff. – 7. Senat –: Werklieferungsvertrag einer nicht vertretbaren Sache: Der beklagte Unternehmer hatte eine mangelhafte Dynamomaschine geliefert. Die Klägerin war dadurch gezwungen, jahrelang ihre älteren Turbinen, die im Verhältnis zu den Leistungen der zu liefernden modernen Dynamomaschine mit Kraftverlust arbeiteten, zur Lichterzeugung zu benutzen.

RG. 95, 2 ff. (= Gr. 63, 90 ff.) – 7. Senat –: Der beklagte Unternehmer hatte der Klägerin mangelhafte Maschinen geliefert. Die von der Klägerin für diese Maschinen eigens gebauten Anlagen waren daher nutzlos.

OLG. – Colmar – 28, 193: Beim Beschlagen eines Pferdes hatte der beklagte Hufschmied es unterlassen, einen alten Hufnagelstift herauszuziehen, der von einem früheren Beschlagen her abgebrochen war und im Hufe steckte. Er hatte vielmehr den alten Stift durch den neu eingeschlagenen Nagelstift in den Huf bis in den Knorpel und in die Krone hineingetrieben. Hierdurch trat ein Hufleiden des Pferdes ein; s. auch OLG. (Zweibrücken) 28, 194.

OLG. Posen in Pos. M. Schr. 1917, S. 7: Die Klägerin verlangt 1100 Mark Schadenersatz, weil die Beklagte eine vertraglich übernommene Ausbesserung ihrer Dampfmaschine in der Dampfmühle nicht ordnungsmäßig ausgeführt habe, und daher ein Schaden in Folge der durch die Mangelhaftigkeit der Arbeit verursachten Betriebsstörung entstanden sei.

Im bewußten Gegensatze zu dieser Rechtsprechung, besonders der des Reichsgerichts, steht der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamburg. Dieser läßt die Ansprüche wegen Beschädigung von Personen und Sachen bei Beförderungsverträgen in der kurzen Frist des § 638 verjähren; als Hauptgrund führt das Hanseatische Oberlandesgericht an, es handele sich hier um einen Mangel des Werkes. So vor allem HGZ. Bd. 29, 1908, S. 49 ff., Nr. 28 = OLG. 17, 420 ff. (mit ausführlicher Begründung): Der von einem Schleppdampfer des Beklagten geschleppte „Bollen" des Klägers war während des Schleppens durch Verschulden des Beklagten mit einem anderen Schiffe zusammen gestoßen und hierbei beschädigt worden. Siehe ferner OLG. – Hamburg – 1. Zivilsenat – 22, 311 = LZ. 1909, 705[5]; auch HGZ. 1911, S. 87: Hier war eine der geschleppten Schuten beschädigt, eine sogar gesunken.

Zu erwähnen ist noch eine Entscheidung des OLG. Cöln im Recht 1907, S. 635 Nr. 1304. Es waren Pläne mangelhaft angefertigt, nach denen ein anderes Werk, ein Bau, hergestellt werden sollte, bei dessen Fertigstellung erst die Mängel der Pläne zu erkennen waren. Hier läßt das OLG. den Schadenersatzanspruch wegen der Mängel der Pläne nicht schon vom Zeitpunkt der „Abnahme" der Pläne an verjähren; denn es müsse als stillschweigend vereinbart gelten, daß die Verjährung für die Ansprüche des Bestellers aus

etwaigen Mängeln der Pläne erst mit der Fertigstellung des Baues selbst beginnen solle.

b) Die Meinungen in der Literatur sind geteilt. Ohne weitere Begründung schließen sich der Auffassung des Reichsgerichts an: Brückner im Recht 1908, S. 540; Witkowski DJZ. 1909, S. 1487 und Mittelstein, Handbuch des ges. Handelsrechts Bd. 7, Abt. 1, S. 430 ff., für den Schleppwerkvertrag des Binnenschiffahrtsrechts. Ferner sind Anhänger des RG. Oertmann Anm. 5 zu § 638, ohne freilich ausdrücklich den Unterschied zwischen unmittelbar und mittelbar auf den Werkmängeln beruhenden Schäden mitzumachen; Enneccerus S. 428 I 4e, der (§ 335, Anm. 6) die gleiche Ansicht für das verwandte Gebiet des Kaufes vertritt; Staudinger-Kober Anm. 5 zu § 635 und 2a und c zu § 638, auch S. 164; von Blume Jh. J. 55, S. 241 f., anscheinend auch Raape bei Dernburg II, 2, S. 538, Anm. 23; der Ansicht des RG. in den Fällen der Transportverträge pflichtet auch Ganz DJZ. 1909, S. 1434 bei, da es sich hier nicht um Schadensersatz wegen eines Werkmangels, sondern wegen Verletzung einer „selbständigen Verpflichtung des Unternehmers" handele. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte, Anm. 1 zu § 638, führt zwar im Anschluß an die RG.-Entsch. JW. 1912, S. 1105[5] aus, daß für die Verjährung nicht der Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche, sondern lediglich der Ablauf des mit der Abnahme beginnenden Zeitraumes bestimmend sei, stellt sich dann aber völlig auf den Boden der oben erwähnten RG.-Urteile, indem er erklärt, daß § 638 nur Anwendung finde, wenn der Schaden im Zeitpunkt der Abnahme oder Vollendung für den Besteller schon erwachsen sei, und wenn der Mangel der gelieferten Leistung unmittelbar anhafte. Auch für die Fälle der „positiven Zuwiderhandlungen", besonders der Transportverträge, schließt der Kom. der RG.-Räte, dem Reichsgericht folgend, § 638 aus; die Fürsorge für die Person des Reisenden sei nicht unmittelbar Gegenstand des Werkvertrages und der Abnahme; der auf Vernachlässigung der Fürsorge begründete Anspruch unterliege deshalb nicht der kurzen Verjährung.

Gegner der reichsgerichtlichen Praxis sind Lotmar II, S. 653, Anm. 2[1]), nach dem die „Arbeit" mangelhaft ist, wenn das „Objekt des Transportvertrages nicht unversehrt, sondern beschädigt abgeliefert" wird; Sieveking S. 164 für den seerechtlichen Schleppvertrag; Cosack I, § 148, II, 5g, S. 608, der die zwischen Haupt- und Nebenverpflichtung unterscheidende Rechtsprechung des Reichsgerichts für „eitel Scholastik" erklärt; Krückmann Jh. J. 59, S. 238 ff. bes. 336, welcher die Ansicht vertritt, daß § 638 alle Fälle der „verschuldeten Schlechtleistung" umfasse; endlich Ganz a. a. O. für die Fälle, in denen die Vertragsverletzung „lediglich in mangelhafter Ausführung

1) Gegen DJZ. 1906, 262 (= RG. 62, 119 ff.).

des Werkvertrages" bestehe, und es sich nicht um Verletzung einer „Nebenverpflichtung" handele[1]).

Eine besondere Ansicht verficht v. Tuhr III, S. 515, Anm. 56 (auch für § 477, wie Enneccerus a. a. O.) v. Tuhr will § 638 auch auf mittelbaren Schaden (d. h. die Fälle, in denen nach dem RG. der Schaden dem gelieferten Werke nicht „unmittelbar anhaftet"), anwenden, aber, in Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes annehmen, daß die Verjährung erst mit Eintritt des Schadens beginne, wenn zur Zeit der Abnahme (oder Vollendung, ist hinzuzufügen) noch kein Schaden vorliege.

Nicht klar ist die Stellung Planck-Andrés, 3a zu § 638. Nach ihm beträgt die Verjährungsfrist gemäß § 195 30 Jahre bei „aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Ansprüchen", 3 Jahre dagegen bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen gemäß § 852. Im Anschluß an diese Bemerkung verweist André auf die Entscheidungen des RG. in den Transportunfallsachen. Die Frage der Konkurrenz der Vorschriften über unerlaubte Handlungen, sowie auch anderer Bestimmungen hat indes in der vorliegenden Arbeit, in welcher es sich nur um die Frage der Verjährung vertraglicher Schadensersatzansprüche handelt, auszuscheiden. Welchen Einfluß die Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz auf die Verjährung ausübt, das steht auf einem anderen Blatt[2]).

§ 2.

Der kurzen Verjährung unterliegen die Schadensersatzansprüche des Bestellers „wegen des Mangels" (§ 638). Welches sind diese Ansprüche?

Es handelt sich hier um die Verjährung von Schadensersatzforderungen, die auf der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen des Unternehmers beruhen. Solche Schadensersatzansprüche können nun in erster Linie aus Verletzungen der Hauptverpflichtung des Unternehmers entstehen. Es fragt sich, ob die Ansprüche wegen des Mangels sich von solchen Schadensersatzansprüchen scheiden lassen, welche auf Verletzung der Hauptverpflichtung des Unternehmers beruhen. Die Hauptverpflichtung des Unternehmers ist jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn der Unternehmer überhaupt nichts tut, auch nicht die kleinste Erfüllungshandlung im weitesten Sinne, d. h. eine Handlung, die irgendwie mit der Vertragserfüllung in Verbindung steht, vornimmt, wenn er auch nicht den geringsten Anfang zur Herstellung des Werkes gemacht hat. Die Schadensersatzansprüche des Bestellers[3])

1) Wann das Eine oder das Andere der Fall ist, ist aber gerade zu prüfen.
2) Vergl. hierzu auch HGZ. 29 a. a. O.
3) Auch in diesen Fällen, wenn gar nichts geleistet ist, kann es andere Ansprüche wegen Verletzung einer „Nebenverpflichtung" geben, z. B. wenn der Unter-

wegen der Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit richten sich dann, je nach dem, nach den §§ 280, 325 oder 286, 326. Daß diese Schadensersatzansprüche der ordentlichen Verjährung des § 195 unterliegen, ist nicht zu bezweifeln. Von einem „Mangel" der Leistung, von Schlechterfüllung, kann natürlich nur gesprochen werden, wenn irgend etwas geleistet ist[1]). So liegen dann auch die vorgetragenen praktischen Fälle. Hier ist jedesmal eine Erfüllungshandlung vorgenommen.

Der Inhalt der Hauptverpflichtung des Schuldners läßt sich nicht allgemein, sondern nur für die einzelne Vertragsart und innerhalb dieser für den einzelnen Vertrag feststellen; es kommt hier auf die gesetzlichen Bestimmungen und die konkreten Vereinbarungen der Parteien an.

Für den Werkvertrag ist zunächst § 631 maßgebend; hiernach hat der Unternehmer das versprochene Werk herzustellen, und zwar kann es sich dabei sowohl um die Herstellung und Veränderung einer Sache (materielles Werk), als auch um einen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (immaterielles Werk) handeln, z. B.: Der Schneider hat aus dem ihm übergebenden Stoff den Anzug herzustellen, das Elektrizitätswerk hat die Lichtanlage im Hause des X anzubringen, die Eisenbahn hat den Reisenden von Hannover nach Göttingen zu befördern.

Hiermit ist aber die Verpflichtung des Unternehmers nicht erschöpfend bezeichnet. Der Unternehmer hat nicht nur die Pflicht, das versprochene Werk herzustellen, sondern § 633 bestimmt ferner: „Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder vermindern". Hiermit scheint schon allen Zweifeln darüber, ob der Unternehmer eine Verpflichtung zur mangelfreien Herstellung mit allen ihren Folgen (besonders bei Nichterfüllung) habe[2]), der Boden entzogen zu sein. Allein der bloße Wortlaut des Gesetzes kann nicht entscheidend sein; es kann sich hier um eine nachlässige Ausdrucksweise des Gesetzgebers handeln, mit der vielleicht nichts Anderes gesagt sein sollte, als mit den Worten „haftet für" in § 459! Die entgegenstehenden Bedenken müssen geprüft werden.

Sieht man von dem Wortlaut des § 633 ab, so kann der Auffassung, daß den Unternehmer eine Verpflichtung nicht nur zur Herstellung des Werkes, sondern zu dessen mangelfreier Herstellung treffe,

---

nehmer die Unmöglichkeit, das Werk herzustellen, dem Besteller nicht anzeigt, s. Klein, S. 111, neuerdings von Alberti, Arch. f. ziv. Prax. 118, 1 ff.

1) Vor Abnahme oder Vollendung des Werkes kommt ja auch die kurze Verjährung nicht in Betracht, siehe unten S. 21 ff., 73.

2) Vgl. Oertmann 2b zu § 633.

Ähnliches entgegen gehalten werden, wie der Annahme einer entsprechenden Verpflichtung beim Gattungskauf. Der aus § 243 entnommene Einwand Schollmeyers (Jh. J. 49, 99 ff.) scheidet hier freilich aus. Soweit der Werkvertrag auf die Herstellung von Gattungsware geht, dürfte Schollmeyer als von den bei Oertmann Anm. 2a zu § 480 angeführten Gründen widerlegt anzusehen sein. Auch wenn Krückmann, A. f. z. P. Bd. 101, S. 168 ff. (unter Billigung Predaris Gr. 52. S. 468 ff.) nachzuweisen versucht, daß sowohl beim Spezies- als auch beim Gattungskauf die Lieferung einer mangelhaften Sache niemals (teilweise) Unmöglichkeit begründen könne, so paßt das jedenfalls für den Werkvertrag nicht. Krückmanns (a. a. O. S. 155 ff.) Hauptargument besteht in der Anwendung des Unterschiedes zwischen „Gesamtheit" (die sich nicht in gleichartige Teile zerlegen läßt), und „Summe", und entsprechend zwischen Bestandteilen und Bruchteilen. Bei der Lieferung einer Sache soll es sich stets um die Lieferung einer „Gesamtheit" handeln; fehle dieser Gesamtheit aber eine nach § 459 erforderliche Eigenschaft, so handele es sich eben immer nur noch um dieselbe, wenn auch mangelhafte Sache, oder die fehlende Eigenschaft verändere die Sache so, daß nicht mehr die zu liefernde Gesamtheit, sondern ein aliud vorliege. Für den Werkvertrag ist diese Unterscheidung schon deshalb nicht zu gebrauchen, weil der Werkvertrag auch auf etwas Anderes, als auf die Herstellung einer Sache gerichtet sein kann. Man denke an immaterielle Werke, wie die Beförderung von Personen oder Sachen! Krückmann bildet denn auch selbst das Beispiel, daß ein Kutscher nur einen Teil einer versprochenen Fahrt ausführen könne, und räumt ein, daß hier von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden könne. Die gedachte Unterscheidung ist aber auch sonst juristisch nicht verwertbar. Hierüber siehe unten S. 16 f.

Schwieriger ist schon folgender Einwand zu widerlegen: Er kann der Auffassung entnommen werden, daß das Gesetz dem Besteller, indem es ihm das Recht auf Mängelbeseitigung gebe, damit stillschweigend ein Recht, bei Herstellung eines mangehaften Werkes die Anfertigung eines neuen mangelfreien zu verlangen, versage (so RG. 57, S. 275; 95, S. 330), oder doch nur in beschränktem Umfange gewähre (Oertmann Anm. 2h zu § 633; anders Rümelin S. 79). Aber wenn wirklich die mangelhafte Leistung diesen Anspruch vernichtet, so läßt sich immer noch sagen, dies sei eben eine besondere Eigenart der vertragswidrigen Leistung [1]); die Rechte aus den §§ 325, 326 wegen der Nichterfüllung sind dem Besteller damit doch noch nicht genommen. Wenn allgemein behauptet werden sollte, das Recht des Bestellers, das mangelhafte Werk zurückzuweisen, beruhe nicht auf der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung des Unternehmers (vgl.

1) So Haymann S. 30.

Planck-Siber Anm. 5 b α, S. 197 vor § 275), so ist das eine bloße petitio principii. Auch an dem Umstande, daß das Gesetz von der „Vollendung" eines mangelhaften Werkes redet (s. §§ 646, 638), darf man sich nicht stoßen; hieraus wird man nicht schließen können, daß es die Verpflichtung des Unternehmers mit der Leistung eines auch nur mangelhaften Werkes als erfüllt ansieht. Es muß demnach auch, da es an stichhaltigen Gegengründen fehlt, angesichts der klaren Bestimmung des § 633, daß der Unternehmer zur Herstellung eines mangelfreien Werkes verpflichtet ist, angenommen werden, daß das Gesetz, indem es das Gegenteil nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, dem Besteller (wohl abgesehen von dem Anspruch auf Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes) die Rechte wegen Nichterfüllung aus den §§ 280, 286 und 325, 326 — bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — belassen hat (vgl. Rümelin S. 78 oben — für den Gattungskauf) — s. auch unten S. 60 f.

Stellt der Unternehmer also ein mit Mängeln behaftetes Werk her, so liegt stets auch eine — vielleicht nur teilweise — Nichterfüllung der Hauptverpflichtung des Unternehmers vor. Die Fälle der Verletzung der Hauptverpflichtung können daher bei der Betrachtung der Verjährung der Schadensersatzansprüche des Bestellers noch nicht ausgeschieden werden.

Zur völligen Klarstellung bedarf es noch der Untersuchung der Frage, ob in den Fällen der Herstellung eines mangelhaften Werkes von vollständiger oder teilweiser Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit zu reden ist. Viele Schriftsteller nehmen nämlich an, daß falls der Verkäufer, Vermieter, Unternehmer mangelhaft geleistet habe, gleichzeitig auch (soweit es sich um einen unheilbaren Mangel handele), teilweise Unmöglichkeit vorliege (vornehmlich Titze[1]), Unmöglichkeit der Leistung, S. 277, Schollmeyer a. a. O. S. 104, Knott S. 91, Julius S. 36, Siber zu Planck S. 213[2]). Zunächst ist, worauf schon Krahmer S. 105 mit Recht hinweist, es zum Mindesten nicht genügend, lediglich die Unmöglichkeit (falls man hierunter nicht auch, wie Titze a. a. O., den Verzug als Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit mit versteht) dem Mangel gegenüber zu stellen; vielmehr muß die Nichterfüllung überhaupt mit den Bestimmungen über Mängel verglichen werden. Sodann geht aber keiner dieser Schriftsteller außer Siber darauf ein, welcher Teil der Leistung denn nun eigentlich unmöglich sei. Es wird einfach aus dem als richtig angenommenen Umstande, daß eine mangelfreie Sache zu liefern sei, darauf geschlossen, daß, wenn der Schuldner eine mangelhafte Sache geliefert habe, und der Mangel nicht behebbar sei, teilweise Unmög-

1) Titze hält allerdings die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung als durch die besonderen Mängelansprüche (lex specialis) für ausgeschlossen.

2) Dieser für die Fälle, in denen eine mangelfreie Leistung geschuldet ist, also z. B. nicht für den Spezieskauf.

lichkeit der Leistung vorliege. Welche Leistung des Schuldners soll dann aber unmöglich sein? Oder mit welcher Leistung soll er, falls sich der Mangel heilen läßt, im Rückstande, gegebenenfalls im Verzuge sein?

Von teilweiser Nichterfüllung kann dann gesprochen werden, wenn der Schuldner quantitativ weniger leistet, als er zu leisten gehalten ist. Der Begriff der teilweisen Nichterfüllung setzt Zerlegbarkeit der Leistung in Bruchteile (gleichartige Teile) oder Bestandteile (ungleichartige Teile) voraus[1]). Daß das Gesetz im Gegensatz zu der Auffassung des gewöhnlichen Lebens, wenn es von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung redet, an qualitative Teilung gedacht habe, muß bis zum Beweise des Gegenteils bestritten werden[2]). Kann nun, wenn man diesen Begriff der teilweisen Nichterfüllung festhält, bei Vorhandensein von Mängeln des Werkes von teilweiser Nichterfüllung geredet werden? Die Mängel können sowohl qualitativer wie quantitativer Art sein[3]). Letzten Endes ist für die Frage des Vorhandenseins eines Mangels die Verkehrssitte entscheidend (s. unten S. 62).

Besteht nun der Mangel in einer quantitativen Minderung des Werkes, so ist allerdings teilweise Nichterfüllung anzunehmen. Krückmann, der dies (AZP. a. a. O. S. 168 ff.) unter Berufung auf den Unterschied zwischen Gesamtheit und Summe[4]) bestreitet, wird trotz seiner Gegenwehr (a. a. O. S. 175, Anm. 119) von Lehmann (Unterlassungspflicht S. 202 f.) entscheidend widerlegt.

Es ist eben nicht einzusehen, weshalb von teilweiser Unmöglichkeit dann keine Rede sein soll, wenn, wie im gewöhnlichen Leben, wegen Ungleichheit der Teile (nach herrschender Ansicht)[5]) nicht von Teilbarkeit der Leistung gesprochen werden kann. Die Unterscheidung zwischen Gesamtheit und Summe ist auch sonst praktisch bedeutungslos. Es kommt sowohl[6]) bei Bestandteils- als auch bei Bruchteilsunmöglichkeit auf die Verkehrsanschauung, den Inhalt und den Zweck der Verpflichtung an[7]), wenn man untersuchen will, ob teilweise oder vollständige Unmöglichkeit im juristischen Sinne anzunehmen sei; einerseits ist nicht einzusehen, weshalb dann, wenn zum Beispiel ein Kalb an einen Schlachter verkauft ist, und von dem geschlachteten Tiere nicht alle verwendbaren Teile mehr geliefert werden können[8]), nicht teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegen soll; andererseits kann auch bei Bruchteilsunmöglichkeit der Gläubiger sich auf den Standpunkt

1) Siehe Planck-Siber, IV, 1 vor § 275, S. 212 f.
2) Vergl. Oertmann 3a zu § 323.
3) Siehe Staudinger-Kober II, 3b zu § 459.
4) Siehe oben Seite 14.
5) Siehe Siber a. a. O. S. 212 ff.
6) Siehe Titze Deutsche Lit.-Ztg. Bd. 28, 1907, S. 2095 f.
7) Planck-Siber S. 213; siehe auch Oertmann, Anm. 1 vor § 420.
8) Beispiel Sibers a. a. O.

stellen, als ob völlige Unmöglichkeit der Leistung vorliege, wenn die noch mögliche Teilleistung für ihn kein Interesse mehr hat (§ 280). Kann der Mangel mithin durch Nachholung eines Teiles der (quantitativ unvollkommenen) Hauptleistung behoben werden, so liegt teilweise Nichterfüllung vor.

Ist das Werk hingegen in einem qualitativ geminderten Zustand hergestellt worden, so liegt keine teilweise Nichterfüllung vor. Ohne weiteres leuchtet ein, daß man in diesen Fällen, etwa wenn die hergestellte Sache beschmutzt und daher mangelhaft ist (vgl. Planck-Siber IV, l. c. vor §§ 275—292, der noch auf § 351 hinweist), nicht sagen kann, daß die mangelhafte Sache Teil oder Bestandteil der mangelfreien sei[1]). Siber a. a. O. will aber die Konkurrenz der teilweisen Nichterfüllung mit dem Vorhandensein der Mängel folgendermaßen erklären: Wenn eine mangelfreie Sache geschuldet sei, so sei die mangelhafte „Leistung" Teil der ganzen geschuldeten Leistung; denn diese könne, wenn der Mangel heilbar sei, schrittweise durch Leistung der mangelhaften Sache und durch Abstellung des Mangels bewirkt werden, und sie könne sich nachträglich in die Leistung der verschlechterten Sache und die Nachbesserung spalten. Beispielsweise[2]) kann nach dieser Ansicht der Schneider, der einen zerknüllten Anzug abgeliefert hat, diese „Teilleistung" dadurch zur Volleistung machen, daß er den Anzug aufbügelt. Diese Ansicht Sibers kann nicht gebilligt werden. Keineswegs ist sie für solche immaterielle Werke richtig, die mit ihrer Herstellung zerronnen sind, und auch in geistiger Beziehung, wie etwa Gutachten, der Gegenwart nichts Greifbares hinterlassen[3]); wenn z. B. die Sängerin schlecht singt, oder die Beförderung verzögert erfolgt[4]), kann die mangelhafte Leistung doch, wenn überhaupt, nur dadurch gut gemacht werden, daß sie gänzlich wiederholt wird!

Im übrigen (für die Fälle der körperlichen Werke) ist Siber entgegenzuhalten, daß er das Vorliegen der teilweisen Nichterfüllung von einem nachträglichen Gesichtspunkte aus begründet. Das ist aber nicht angängig. Die Leistung als solche muß quantitativ geteilt werden können[5]). Davon kann aber nur gesprochen werden, wenn der Schuldner etwas nicht geleistet hat, was er von vornherein zu leisten verpflichtet war. Dies liegt vor, wenn der Schuldner etwa statt 7 nur 6 geliefert, oder wenn er die Bildsäule ohne Kopf hergestellt hat; nicht aber, wenn er einen beschmutzten Anzug abliefert oder einen Schuh, in dessen Inneres ein Nagel mit der Spitze hineinragt. Wenn der Schuldner diese — qualitativen! — Mängel beseitigen

1) Vgl. Krückmann, Viehkauf S. 107 unten.
2) Vgl. Siber a. a. O. S. 214.
3) Siehe unten Seite 66, 72.
4) Ebd. 68.
5) Siehe oben Seite 16.

will, so kann er dies nicht tun, indem er etwas nachholt, was er von vornherein hätte tun sollen, sondern das, was er zu tun hat, bestimmt sich erst jedesmal durch die Art des Mangels. Er hat also etwas vorzunehmen, was *inhaltlich* von dem, wozu er ursprünglich verpflichtet war, gänzlich verschieden ist (in den gedachten Fällen hat er den Anzug zu reinigen und den Nagel zu entfernen). Dann kann aber von (teilweiser) Nichterfüllung der *Hauptverpflichtung* des Schuldners nicht geredet werden. Legt man daher die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines mangelfreien Werkes zugrunde, so ist (mit Oertmann) [1]) die Herstellung eines qualitativ nicht vertragsmäßigen Werkes als vollständige Nichterfüllung aufzufassen. Denn es ist dann eben etwas Anderes geleistet, als zu leisten war.

Ist daher ein mangelhaftes Werk hergestellt, so ist stets auch die Hauptverpflichtung des Unternehmers (wenn auch — in selteneren Fällen — nur teilweise) nicht erfüllt. Eine Scheidung zwischen Ansprüchen wegen Verletzung der Hauptverpflichtung und Ansprüchen „wegen des Mangels" ließe sich mithin nur dann noch vornehmen, wenn der Schaden wegen des Mangels nicht auch als Folge der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung anzusehen wäre, wenn, mit anderen Worten, die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung nur als *Begleit*erscheinung der mangelhaften Herstellung, nicht aber als Ursache auch des eigentlichen Schadens anzusprechen wäre.

§ 3.

Bevor jedoch dieser Frage nachgegangen werde, sei untersucht, ob die Schadensersatzansprüche „wegen des Mangels" sich auch von — vertraglichen — Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Nebenverpflichtungen, wegen vertretbar fehlerhafter Erfüllungshandlungen im allgemeinen — Schlechterfüllung, positiver Vertragsverletzung [2]) des Unternehmer-Schuldners — trennen lassen.

Eine derartige Auffassung wird vom Reichsgericht und den meisten Oberlandesgerichten vertreten. Denn, wie oben [3]) ausgeführt, unterscheiden die Gerichte zwischen Schadensersatzansprüchen, die sich *unmittelbar* aus dem dem Werke anhaftenden Mangel ergeben und solchen, die nur als *mittelbare* Folge des Werkmangels anzusehen seien, endlich solchen, die aus der Verletzung der dem Unternehmer obliegenden Sorgfaltspflicht abzuleiten seien. Nur die unmittelbar auf dem Mangel beruhenden Schadensersatzansprüche sollen der kurzen Verjährung des § 638 unterliegen. Die Schadensersatzansprüche, welche mittelbar auf den Mangel zurückzuführen seien, sollen ebenso

1) Anm. 7a zu § 323; gegen ihn, unter Verkennung der Gründe Oertmanns, Julius S. 36.

2) Siehe Oertmann Anm. 6 vor § 276.

3) Oben § 1.

wie die aus der Verletzung der Sorgfaltspflicht entspringenden Ansprüche der gewöhnlichen langen Verjährung unterworfen sein. Diese beiden letzteren Arten von Schadensersatzansprüchen sollen aus § 276 herzuleiten sein, und auch (entsprechend der Rechtsprechung des Reichsgerichts beim Kauf) neben Wandlung und Minderung geltend gemacht werden können. Nicht so bei den unmittelbar auf dem Werkmangel beruhenden Ansprüchen. Dies sollen die in § 635 gemeinten Ansprüche sein, die nach dem Wortlaute des § 635 auch nur an Stelle (wenn auch eventualiter) der Wandlung oder Minderung erhoben werden können.

a) Der Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Mängelschaden.

Der sich gegen die Unterscheidung des RG. zwischen unmittelbaren und bloß mittelbaren Schadensfolgen, besonders gegen RG. 64, 41 ff. wendenden Kritik Ganz'[1]) ist zuzustimmen, wenn auch nicht alle Gründe dieser Kritik anerkannt werden können.

Das RG. geht in den grundlegenden Entscheidungen RG. a. a. O. von der — von ihm zwar nicht begründeten, aber, wie unten[2]) dargelegt werden wird, richtigen — Grundauffassung aus, daß „der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB. .... nicht alle Fälle einschließt, in denen für den Besteller gegen den schuldhaften Unternehmer ein vertraglicher Schadensersatzanspruch Platz greift". Vielmehr sei anzunehmen, daß es außerdem aus „allgemeinen Grundsätzen (§ 276) sich ergebende Ansprüche jener Art" gebe, auf welche die kurze Verjährung keine Anwendung finde. Wenn das Reichsgericht aber ferner erklärt, man müsse annehmen, daß für den durch § 635 gewährten Schadensersatzanspruch „bei seiner Zusammenstellung mit den Forderungen auf Wandlung und Minderung, ebenso wie bei diesen, ein direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrage" erforderlich sei, „daß also der Schaden dem gelieferten Werke unmittelbar anhaften" müsse, so ist dem zunächst entgegenzuhalten, daß diese Begründung rein äußerlich ist. Aus dem Umstande allein, daß § 635 dem Besteller alternativ[3]) das Recht der Wandlung, der Minderung oder des Schadensersatzes „wegen Nichterfüllung" gewährt, kann denn doch nicht darauf geschlossen werden, daß alle drei Rechte völlig gleichartige Voraussetzungen haben müßten. Was soll es aber bedeuten, es müsse „ein direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrage" bestehen? Doch noch keineswegs, „also" müsse der Schaden dem gelieferten Werke unmittelbar anhaften! Nach der Formulierung des RG. ist es unklar, ob der Schaden nicht auch mit der Leistung

1) DJZ. 1909, S. 1434.
2) Unten S. 51 ff., 56 f.
3) Siehe Oertmann 2a zu § 635, 8b zu § 463; Staudinger-Kober Anm. 1c zu 635.

des Bestellers oder gar mit der Leistung beider Vertragsgegner, „unmittelbar und direkt“ [1]) zusammenhängen müsse. Was man sich hierunter alles vorstellen kann, ist gar nicht abzusehen. So wird in der Entscheidung W. 1908, Nr. 303, offenbar beeinflußt durch diese Rechtsprechung des RG., dem Fahrgast, der wegen eines Eisenbahnunfalles die Reise unterbrechen muß, der Ersatz seiner Zehrungskosten während des unfreiwilligen Aufenthaltes mit der Begründung zugebilligt, dieser Anspruch stehe im unmittelbaren Zusammenhang mit der Nichterfüllung des Beförderungsvertrages. Betrachtet man nur den Satz, der Schaden müsse dem gelieferten Werke unmittelbar anhaften, so hat Ganz, bei streng wörtlicher Auslegung dieses Satzes, durchaus Recht, wenn er sagt, ein dem Werke anhaftender Schaden sei „nur in der Vermögensminderung zu erblicken, die allein in der schadhaften Beschaffenheit des Werkes dadurch zum Ausdruck“ komme, „daß das Werk infolge des Mangels einen geringeren Wert“ darstelle, „als es ohne den Mangel darstellen würde“. Dann wäre aber dieser „Ersatzanspruch“ identisch mit dem Anspruch auf Minderung! So streng wörtlich ist nun allerdings der Standpunkt des Reichsgerichts nicht zu deuten, (obwohl nicht einzusehen ist, weshalb das RG. dann nicht eine andere Formulierung gewählt hat). In keinem der entschiedenen Fälle handelt es sich denn auch um eine solche Vermögensminderung, vielmehr kommen stets Schäden in Frage, die irgendwie im Vermögen des Bestellers eingetreten und ursächlich auf den Mangel des Werkes zurückzuführen sind. Nach Ansicht des RG. soll ein solcher Schaden nur dann einen unter § 635 und damit auch unter § 638 fallenden Ersatzanspruch erzeugen, wenn „es zu seiner Entstehung nicht noch des Hinzutritts eines besonderen selbständigen Ereignisses“ bedurft hat [2]). Daraus ist wohl zu folgern, daß § 635 nach Ansicht des RG. nur Ansprüche wegen solcher Schäden umfassen soll, die lediglich dadurch entstanden sind, daß dem Besteller ein mangelhaftes Werk geliefert ist, ohne daß sonst irgend ein Ereignis sich zwischen diese Tatsache und den Eintritt des dem Besteller erwachsenen Schadens geschoben hat. Das würde also, wie Ganz mit Recht bemerkt, darauf hinauslaufen, daß ein Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden zu machen sei. Ein solcher Unterschied wird aber vom Bürgerlichen Gesetzbuch im Gegensatz zu älteren Gesetzen [3]) nicht gemacht; eine derartige Unterscheidung ist auch unnötig für den Begriff des Kausalzusammenhanges [4]). Es ist nicht einzusehen, weshalb bei den Schadensersatzansprüchen des Bestellers beim Werkvertrage gerade eine Ausnahme gemacht

1) RG. 71, S. 173.
2) RG. in Gr. 55, S. 944 ff.; Gr. 63, S. 90 ff.
3) ALR. I, 6, §§ 2, 3; C. c. 1151; s. Planck-Siber, Anm. 4 a β zu § 249.
4) Siehe Oertmann Anm. 4 c zu § 249.

werden sollte. Dann müßte diese, wie dies Enneccerus[1]) — nicht aber das RG. — tut, auch für die gleichliegenden Fälle des Kaufvertrages gemacht werden. In den wenigsten Fällen, einschließlich derjenigen, in denen nach den Gerichtsentscheidungen, insbesondere denen des RG., unmittelbare Schäden vorlagen, wird man übrigens sagen können, daß gerade durch die Lieferung des mangelhaften Werkes, ohne Hinzutritt eines anderen Ereignisses, der betreffende Schaden entstanden sei[2]).

Ganz eigenartig ist die weitere Unterscheidung, die das RG. hinsichtlich des Beginnes der Verjährung zwischen den beiden sich (nach ihm) einerseits aus § 635 und andererseits aus § 276 ergebenden Ansprüchen macht. Das RG. behauptet nämlich in der grundlegenden Entscheidung RG. 64 a. a. O. ohne jede Begründung, wenn der sich auf einen Werkmangel stützende Schadensersatzanspruch dem § 635 und damit der kurzen Verjährung des § 638 unterliegen solle, so müsse der Schaden nicht nur „dem Werke unmittelbar anhaften", sondern er müsse sich auch „als ein solcher darstellen, der für den Besteller in dem für den Beginn der kurzen Verjährung maßgebenden Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung des Werkes (§§ 638 Abs. 1 Satz 2 und 646) erwachsen" sei. Auch an diesem Grundsatz hat das RG. bis in die jüngste Zeit festgehalten (s. RG. 95, 2 ff.). Hier heißt es, der Unterschied zwischen den beiden Ansprüchen (aus § 635 und § 276) liege „darin, daß in ersterem Falle ein unmittelbarer Zusammenhang des Schadens mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrage gegeben" sei, „während er im zweiten Falle erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses vermittelt" werde, „und (!) daß er für den Besteller in dem ersten Falle schon zu dem Zeitpunkt erwachsen sein" müsse, „zu dem die kurze Verjährung zu laufen" beginne, „während dies im zweiten Falle nicht erforderlich" sei.

Wenn das RG. die Ansicht ausspräche, die Verjährung der auf § 635 beruhenden Schadensersatzansprüche beginne[3]) mit dem Zeitpunkte der Abnahme oder der Vollendung des Werkes, dagegen die Verjährung der auf § 276 zurückzuführenden Ansprüche — gemäß der allgemeinen Regel des § 198 — mit der Entstehung des Anspruches, so ließe sich, falls man überhaupt die Unterscheidung zwischen den beiden Ansprüchen anerkennt, dagegen nichts einwenden. In den soeben angeführten Stellen spricht das RG. aber etwas ganz Anderes aus.

Nimmt man nur den in RG. 64 a. a. O. aufgestellten Satz, so geht hieraus unzweideutig hervor, daß das RG. den Schadensersatzanspruch, auch wenn er dem Werke „unmittelbar anhaftet", nur dann

1) a. a. O. § 335, Anm. 6.
2) Hierüber im Einzelnen unten Seite 35 ff.
3) Wie es in §§ 638, 646 vorgeschrieben ist.

der kurzen Verjährung unterstellen will, wenn außerdem schon in dem für den Beginn der kurzen Verjährung maßgebenden Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung der Schaden erwachsen ist. Hiernach genügt es also nicht, daß es sich um einen „unmittelbaren Schaden" handelt, sondern dieser Schaden und damit der Anspruch muß ferner auch schon entstanden sein, wenn § 638 Anwendung finden soll. Das Letztere ist keineswegs, wie das RG. in Gr. 55, 944 ff. behauptet[1]), untrennbar damit verbunden, daß ein „unmittelbarer Schaden" vorliegt. Selbst in den Fällen, in denen der Schaden des Bestellers ohne Zwischenglied daraus erwächst, daß ein mangelhaftes Werk geliefert ist, ist es denkbar, daß der Schaden nicht schon im Zeitpunkte der Abnahme oder „Vollendung" entstanden ist; vielmehr ist es möglich, daß der Schaden infolge eines in dem Mangel begründeten Keimes erst in einem späteren Zeitpunkt eintritt[2]). Man nehme als Beispiel nur den Fall in LZ. 1916, S. 1362 f.[3]). Wenn hier ordnungswidrig frisches Holz und nasser Lehm zu dem Bau verwendet worden sind, so kann im Zeitpunkt der Abnahme durch den Besteller der Bau trotz des feuchten Materials durchaus allen Anforderungen entsprochen haben. Zu dieser Zeit braucht er noch nicht in Fäule begriffen gewesen zu sein, und ist es vermutlich auch nicht gewesen. Die Fäule wird erst später — durch chemische Vorgänge — eingetreten sein. Erst mit Eintritt der Fäule ist aber, wie nicht bestritten werden sollte, der Schaden erwachsen. Die Verwendung des nassen Materials war nur eine Ursache hierzu, die in Verbindung mit den nachfolgenden natürlichen chemischen Zersetzungen die Unbrauchbarkeit des Baues herbeiführte. Wenn man diese unrichtige Auffassung des RG. in Gr. 55 a. a. O. (daß bei unmittelbarem Schaden der Schaden auch schon im Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung entstanden sei) zugrunde legt, so läßt sich vielleicht auch die unklare Formulierung in RG. 95, 2 ff. (s. oben Seite 21) erklären. Hier wird gesagt, im Falle des mittelbaren Schadens sei es „nicht erforderlich", daß der Schaden für den Besteller schon zu dem Zeitpunkt erwachsen sein müsse, zu dem die kurze Verjährung zu laufen beginne. Wenn nun das RG. lediglich aussprechen wollte, die kurze Verjährung könne

1) Hier heißt es, die kurze Verjährung könne nur dann Anwendung finden, wenn „der Schaden, wegen dessen Ersatz gefordert wird, dem Werke selbst unmittelbar anhaftet und dem Besteller infolgedessen (!) bereits in dem für den Beginn der kurzen Verjährung maßgebenden Zeitpunkt der Abnahme des Werkes derart erwachsen ist, daß es zu seiner Entstehung nicht noch des Hinzutritts eines besonderen selbständigen Ereignisses bedarf". Dies scheint auch auch schon die Meinung des RG. in RG. 64 a. a. O. zu sein, obwohl, wie auch die Kritik Ganz' zeigt, aus dem Wortlaut dieser Entscheidung dies nicht gefolgert werden kann.

2) Wie unten S. 25 gezeigt werden wird, ist es auch in diesem Falle zweifelhaft, ob von einem „unmittelbaren" Schaden geredet werden kann, wie denn überhaupt diese Unterscheidung kaum haltbar ist.

3) Oben Seite 9.

nur bei „unmittelbarem" Schaden und nur dann Anwendung finden, wenn dieser unmittelbare Schaden schon in „dem für den Beginn der kurzen Verjährung maßgebenden Zeitpunkte" entstanden sei, so bedürfte es keiner Erwähnung, daß bei den übrigen Schadensersatzansprüchen, die dann nicht den besonderen Verjährungsvorschriften der §§ 638, 646 unterliegen, also gemäß § 198 erst mit Entstehung des Schadens zu verjähren beginnen, es nicht erforderlich sei, daß der Schaden und damit die Ansprüche schon in dem Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung entstanden seien (s. S. 24, Anm. 5). Das RG. will daher hier wohl auch, unter Präzisierung seines Standpunktes in Gr. 55 a. a. O. ausdrücken, daß unmittelbare Schäden notwendigerweise schon in diesen Zeitpunkten erwachsen seien, während dies bei mittelbaren Schäden nicht der Fall zu sein brauche. Nur wenn man annimmt, daß dies die Ansicht des RG. sei, braucht man keinen Widerspruch in den Ausführungen des Kom. d. R. G. Räte[1]) zu finden, wo einerseits, unter Bezugnahme auf die dies aussprechende RG.-Entscheidung in JW. 1912, S. 1105[5], ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß für die Verjährung gemäß § 638 nicht der Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche maßgebend sei, und andererseits erklärt wird, die kurze Verjährung bleibe außer Betracht, falls der Schaden im Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung noch nicht erwachsen sei.

Will man aber den Umstand, daß der Schaden schon entstanden sein müsse, wenn die Verjährung der Ersatzansprüche überhaupt beginnen könne, als selbständiges Erfordernis aufstellen, wie dies v. Tuhr, III, S. 515, Anm. 56 in bewußtem Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes, aber unter Verwerfung des Gegensatzes zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, tut, so ist dies ebenso abzulehnen, wie der auch von v. Tuhr verworfene Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden. Weder in den RG.-Urteilen noch bei v. Tuhr findet sich eine Begründung hierfür. v. Tuhrs Standpunkt ist wohl aus Billigkeitserwägungen herzuleiten. Denkbar wäre folgende Begründung: Der allgemeinen Bestimmung des § 198 stehe § 638 Abs. 1 Satz 2 nicht als lex specialis gegenüber; es solle vielmehr daran festgehalten werden, daß vor der Entstehung eines Anspruches seine Verjährung auch nicht beginnen könne. Durch § 638 Abs. 1 Satz 2 sei nur festgelegt, daß, falls etwa der Schaden schon vor der Abnahme (oder Vollendung) entstanden sei, die Verjährung erst mit der Abnahme (oder Vollendung) ihren Lauf nehmen solle. Eine solche Auffassung bedarf aber kaum einer Widerlegung. Sie widerspricht dem durchaus klaren Wortlaut[2]) des Gesetzes; falls nur dies hätte ausgesprochen werden sollen, so würde man sicher gesagt haben: „Die Verjährung beginnt nicht vor der Abnahme des Werkes".

1) a. a. O. Anm. 1 zu § 638.
2) So auch v. Tuhr a. a. O.

Erscheint es schon nach diesen Erwägungen unhaltbar, einen Unterschied zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden zu machen und (mit[1]) oder ohne[2]) Beziehung auf diese Unterscheidung) entgegen dem Gesetzeswortlaut verschiedene Zeitpunkte für die Verjährung der hier in Frage kommenden Schadensersatzansprüche festzusetzen, so wird dies noch deutlicher, falls man die von der Rechtsprechung bei Befolgung dieser Unterscheidungen erzielten Ergebnisse prüft. Am deutlichsten zeigt sich dies bei einer Gegenüberstellung der beiden Tatbestände in RG. 64 a. a. O. und der vom Kom. der RG.-Räte[3]) selbst für „nicht unbedenklich" erklärten Entscheidung in RG. 71 a. a. O. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb das eine Mal ein mittelbarer und das andere Mal ein unmittelbarer Schaden vorliegen soll. Gewiß, der Schaden, der dem Besteller der Taxe entstanden ist, beruht sowohl darauf, daß die Taxe unrichtig war, als auch darauf, daß die Taxe benutzt worden ist; aber der Schaden, der dem Inhaber der Schlachterei erwachsen ist, beruht doch auch nicht nur auf dem Umstande, daß eine mangelhafte Kühlanlage geliefert worden ist; auch dieser Schaden wäre ohne Benutzung der Kühlanlage (durch Hineinlegen des Fleisches zum Aufbewahren) niemals entstanden. Ebenso wie in diesem Falle ließe sich auch in dem Taxfalle sagen, das Gebrauchen der Taxe „mit dem vom Besteller behaupteten Mißerfolge bringe nicht nur den Anspruch selbst[4]) zur Entstehung, sondern gebe nur eine Grundlage für die Schadensberechnung".

Wenn das RG. übrigens hiermit aussprechen will, der Anspruch entstehe schon mit der Begehung der vertragswidrigen Handlung (hier der Lieferung des mangelhaften Werkes) ohne Rücksicht auf den Eintritt des Schadens (der doch in beiden Fällen erst später eingetreten ist), so steht es mit dieser Ansicht im Widerspruch mit der überwiegenden Meinung vereinzelt[5]) da.

Ebenso wie diese beiden Fälle liegt auch der Fall Gr. 55, 944 ff.; auch hier entstand der Schaden erst durch Gebrauchen des Klavierstuhls. Daß ein Gebrauchen als Glied in der Kausalreihe zwischen Lieferung des mangelhaften Werkes und Eintritt des Schadens liege, wird man in sehr vielen Fällen behaupten können. Wenn ich mich erkälte, weil ich in dem vertragswidrig nicht wasserdicht imprägnierten, vom Schneider angefertigten Regenmantel völlig durchnäßt bin, so ist die Erkältungskrankheit[6]) auch nur eingetreten, weil ich — in dem

1) So das RG.

2) So v. Tuhr a. a. O.

3) a. a. O., natürlich im Sinne seiner Ansicht, wonach auch hier die lange Verjährung Platz greifen soll.

4) der schon vorher entstanden sei.

5) S. z. B. v. Tuhr III, S. 510 f., I, S. 130; Staudinger-Riezler Anm. 2 zu § 198; auch OLG. 34, S. 15 und RG. selbst in RG. 87, S. 311.

6) die ja die verschiedensten Schadensfolgen, etwa Verdienstausfall, Arztkosten, haben kann.

Glauben, der Mantel sei imprägniert [1]) — den Mantel benutzt habe. Auch der Schaden im Falle RG. 95, 2 ff. ist nicht unmittelbar aus der Lieferung der mangelhaften Maschinen ohne Hinzutritt eines besonderen selbständigen Ereignisses entstanden. Hätte der Besteller nicht die Anlagen für die mangelhaften Maschinen gebaut, so wäre der eingeklagte Schaden nicht eingetreten. Ganz folgerichtig in diesem Sinne ist auch das OLG. Hamburg im Recht 1918 Nr. 512; dieselbe Begründung ließe sich auch in dem Falle OLG. Cöln (Recht 1907, Nr. 1304) geben; auch hier ist der Schaden durch Benutzung der Pläne entstanden. Von unmittelbarem (wenn auch nicht in dem Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung eingetretenen) Schaden kann vielleicht in den Fällen LZ. 1916, S. 1362 f.; OLG. 28, S. 193 und RG. 93, S. 158 ff. geredet werden. Im Falle LZ. 1916 a. a. O. kann man allerdings auch behaupten, Ursachen des Schadens (der eingetretenen Fäule) seien die Feuchtigkeit des zum Bau verwendeten Materials und der nachfolgende chemische Prozeß; auch im Falle OLG. 28, a. a. O. könnte man sagen, die Krankheit des Pferdes sei sowohl durch das Hineinschlagen des Stiftes in das Innere des Hufes als auch durch die dann folgende Entzündung und Vereiterung des Gewebes verursacht; im Falle RG. 93 a. a. O. ist es, wie unten zu erörtern ist, zweifelhaft, ob der Schaden überhaupt als Folge des Mangels als solchen anzusehen ist. Ebenso liegt der Fall Pos. Mon. Schr. 1917, S. 7. Ein unmittelbarer Schaden liegt vor in dem in der Badischen Rechtspraxis 1906, S. 252 mitgeteilten Tatbestande, welcher der Beurteilung des OLG. Karlsruhe unterlag. Hier baute der Unternehmer (Architekt) schuldhaft über die Grenze des Nachbargrundstücks; lediglich durch den Überbau entstand dem bestellenden Grundstückseigentümer der Schaden (§§ 912 ff.) [2]).

Man sieht, die Unterscheidung des RG. führt in den wenigsten Fällen zu sicheren Ergebnissen; nur selten läßt sich mit Bestimmtheit sagen ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Schaden vorliegt; wendete man lediglich die Unterscheidung v. Tuhrs an, so wäre die Sachlage allerdings anders; wann der Schaden entstanden ist, wird sich stets [3]) feststellen lassen; allein auch diese Unterscheidung ist, wie erörtert, — de lege lata jedenfalls — unbegründet.

Das RG. läßt denn auch selbst in einer Entscheidung (RG. 93, S. 158 ff.) erkennen, daß es nicht zu rechtfertigen ist, in der rechtlichen Begründung einen Unterschied zu machen zwischen Ansprüchen, welche einen unmittelbar auf dem Wertmangel beruhenden Schaden verfolgen, und solchen, welche auf Ersatz eines nur mittelbar auf den Mangel zurückzuführenden Schadens gehen. In diesem Urteil läßt es

1) S. aber auch unten Seite 40.
2) S. auch unten Seite 65.
3) abgesehen von Beweisschwierigkeiten.

die kurze Verjährung eintreten, indem es, unter Anwendung der (wie oben dargelegt, unbegründeten) Formel erklärt, es bestehe ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Fehler des Werkes und dem Schaden. Der Schadensersatzanspruch sei, so spricht es aber ausdrücklich aus, aus den §§ 635, 276 (!) herzuleiten. Es führt also als Rechtsgrund die beiden Bestimmungen an, die nach seiner sonstigen Rechtsprechung gerade verschiedene Ansprüche erzeugen. Ferner heißt es hier, auch im Widerspruch mit der sonst festgehaltenen Rechtsprechung, die Schadensersatzklage wegen der eingetretenen besonderen schadenbringenden Wirkungen sei trotz einer und neben oder nach (!) einer wegen des Fehlers durchgeführten Wandlungsklage zulässig, während sonst behauptet wird, der auf § 635 gegründete kurz verjährende Schadensersatzanspruch sei nur [1]) wahlweise neben Wandlung und Minderung gegeben [2]). In RG. 95, S. 2 ff. wird dieser Widerspruch denn auch gemerkt; das höchste Gericht versucht hier, seine bisherige Rechtsprechung damit zu retten, indem es sagt, die in RG. 93 a. a. O. erfolgte Berufung auf RG. 58, S. 178 zeige, daß das RG. in RG. 93 a. a. O. die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nur im Eventualitätsverhältnis neben den Gewährleistungsansprüchen zubilligen wolle. Allein dieser Rettungsversuch scheitert „unzweideutig" an dem Tatbestande in RG. 93 a. a. O. Denn mit der Wandlungsklage wegen des in Frage stehenden Mangels war die Klägerin schon durchgedrungen!

Eine Unterscheidung innerhalb der Schadensersatzansprüche, welche auf Mängeln [3]) des gelieferten Werkes beruhen, in solche, welche nur, und solche, welche nicht nur auf dem Mangel beruhen, ist mithin weder theoretisch noch praktisch zu rechtfertigen; es kann nicht behauptet werden, daß diese Ansprüche aus verschiedenen Rechtsgründen (§ 635 und § 276) herzuleiten seien.

b) Der Unterschied zwischen auf Mängeln (mittelbar oder unmittelbar) beruhenden Schadensersatzansprüchen und Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung einer „Nebenverpflichtung" (wegen Schlechterfüllung, positiver Vertragsverletzung).

Ist nun die Ganzsche Unterscheidung richtig, wonach zwischen Schadensersatzansprüchen, welches auf Mängeln, einerlei ob mittelbar oder unmittelbar, beruhen [4]) und anderen Ansprüchen, welche auf die Verletzung einer Nebenverpflichtung zu gründen sind, zu unterscheiden ist? Diese Unterscheidung erscheint bedeutend annehmbarer als die Trennung zwischen — kurz gesagt — mittelbarem und unmittelbarem Schaden. Aber besteht hier wirklich ein rechtlicher Unterschied? Zunächst seien hier, umgekehrt wie bei der Untersuchung des Unter-

1) Wie dies ja auch der Wortlaut des § 635 zeigt.
2) RG. 58, 178.
3) Wann dies der Fall, darüber siehe unten Seite 62 ff.
4) Diese sollen nach Ganz aus § 635 abzuleiten sein!

schiedes zwischen den unmittelbar und mittelbar auf Mängeln beruhenden Ersatzansprüchen einige praktische Fälle einander gegenübergestellt. Man nehme irgend einen der zahlreichen Fälle, in denen während der Ausführung eines Beförderungsvertrages der Fahrgast oder das Gut durch Verschulden des Unternehmers zu Schaden gekommen ist (und in denen nach der von Ganz gebilligten Rechtsprechung[1]) der Schaden nicht auf einen Mangel des Werkes zurückzuführen ist) und vergleiche diese Fälle mit dem Tatbestande in Gr. 55 a. a. O. Auch hier handelt es sich um einen körperlichen Unfall des Bestellers infolge Verschuldens des Unternehmers. Soll, wie nach Ganz zu entscheiden wäre, hier ein anderer Rechtsgrund vorliegen, als bei den Transportunfällen? Und soll der Schadensersatzanspruch auf verschiedene rechtliche Gesichtspunkte zurückzuführen sein, wenn ein Pferd deshalb erkrankt, weil es beim Beschlagen in einen infolge Fahrlässigkeit des Hufschmiedes umherliegenden Hufnagel tritt[2]), oder wenn die Erkrankung darauf beruht, daß der Hufschmied es unterlassen hat, einen alten Hufnagel herauszuziehen, diesen vielmehr in den Hufkern des Tieres hineingetrieben hat[3])? Und dies nur, weil in diesem Falle das Werk mangelhaft ausgeführt sei, in jenem nicht! Soll man auch dann zwei juristisch zu trennende Fälle annehmen, wenn ein Brand in einem Zimmer dadurch entsteht, daß bei Herstellung einer elektrischen Lichtanlage von einem Angestellten des Unternehmers mit einer Lötlampe unvorsichtig umgegangen wird[4]), oder wenn der Brand darin seine Ursache findet, daß infolge schlechter Anlegung der Lichtleitung Kurzschluß entsteht[5])? Dann müßte auch in der Begründung ein Unterschied gemacht werden, wenn ich deswegen Schadensersatz verlange, weil ich mich in dem gegen die Abrede nicht wasserdicht imprägnierten Regenmantel erkältet habe, oder deswegen, weil ich mir durch Ritzen des Armes an einer Nadel, die der Schneider versehentlich im Ärmel des angefertigten Anzuges zurückgelassen hat, eine Blutvergiftung zugezogen habe; denn in dem letzten Falle kann man doch wohl nicht sagen, der Anzug sei mangelhaft[6]).

Es erscheint mithin von vornherein unwahrscheinlich, daß bei diesen Schadensersatzansprüchen ein Unterschied hinsichtlich der rechtlichen Begründung zu machen sei; und es hat fast den Anschein, als ob von Ganz und dem RG. die verschiedene rechtliche Begründung nur heran-

1) Abgesehen von der des 1. Ziv.-Senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts, HGZ. 29 a. a. O.

2) OLG. 22, S. 307.

3) OLG. 28, S. 193.

4) die Anlage aber tadellos ausgeführt wird, W. 1911, Nr. 168.

5) Im zweiten Falle wäre wohl sogar der Schaden als unmittelbare Folge des „Mangels" anzusehen.

6) sei mit einem Fehler behaftet, der seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufhebe oder mindere, s. unten S. 62.

gezogen sei, um ein ihnen im Hinblick auf die Verjährung billig erscheinendes Ergebnis auf diesem konstruktiven Wege zu rechtfertigen.

Das RG. (und die im folgenden OLG.) stellt sich in gewisser Weise auf den Boden der Ganzschen Unterscheidung. Zwar gibt es als gemeinsame Rechtsgrundlage der Schadensersatzansprüche, welche mittelbar aus Mängeln des Werkes herzuleiten seien, und der Ansprüche, welche auf anderen vertretbar fehlerhaften Erfüllungshandlungen — nicht auf Mängeln —, auf Verletzung von Nebenverpflichtungen oder der „Sorgfaltspflicht" beruhen, § 276 an. Aber nur in den letzten Fällen, wenn — nach seiner Auffassung — kein Mangel (auch nur mittelbar) die Ursache des Schadens ist, wendet es die für positive Vertragsverletzungen gebräuchlichen Ausdrücke an.

Das RG. (und die OLG.) spricht allerdings die Worte: „positive Vertragsverletzung" in keiner der angezogenen Entscheidungen aus. In den Fällen „des mittelbaren Schadens" stellt es lediglich jedesmal fest, daß kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Mangel und Schaden bestehe, und erklärt dann, unter Berufung auf die in RG. 64 S. 41 ff. angeführten (oben widerlegten) Gründe stets, es liege der „allgemeine", aus § 276 zu folgernde Schadensersatzanspruch vor.

In den übrigen Fällen, in denen (jedenfalls nach Ansicht des RG.) kein Mangel die Ursache des Schadens ist, ist, obwohl stets § 276 als Erkenntnisquelle angegeben wird, die Begründung der Praxis viel mannigfaltiger. So heißt es:

1. Der Schadensersatzanspruch gründe sich „auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung" [1]).

2. In RG. 66 S. 12 ff. wird gesagt, offenbar in Anlehnung an das Urteil RG. 62 S. 119 ff.: „durch einen Mangel der vertragsmäßigen Sorgfalt in der Ausführung des Werkes wird hier dem Vertragsgegner ein positiver Schaden rechtswidrig zugefügt"; vorher heißt es jedoch zur näheren Begründung der Schadensersatzpflicht des Transportunternehmers: „daß der Transportunternehmer die Person, der er zu jener Leistung [2]) sich verpflichtet hat, vor Gefahren sichere, die dieser auf dem Transport durch die Transporteinrichtungen begegnen können, ist eine daneben [3]) laufende Verpflichtung, die zwar auch auf dem Vertragsverhältnis beruht und zu den Vertragspflichten gehört, die aber mit der Transportleistung nicht zusammenfällt". Ähnlich heißt es in dem Erkenntnis W. 1908, Nr. 303, in dem übrigens, wie erwähnt, die Begründung zu 1. steht: „Mit dem Beförderungsvertrage

1) RG. 62, S. 119 ff.; W. 1908, Nr. 303; W. 1912, Nr. 245 — hier im Gegensatz zu der Begründung des Berufungsgerichts, des OLG. Celle, siehe unten Seite 29.

2) Der Beförderung von Ort zu Ort.

3) Neben der Hauptverpflichtung zur Beförderung von Ort zu Ort.

hat der Unternehmer die Sorgfaltspflicht übernommen, den Reisenden und die Sachen, die er bei sich trägt, unbeschädigt an das Reiseziel zu bringen". Ähnlich sind auch folgende Begründungen: W. 1911, Nr. 168: Der Schadensersatzanspruch gründe sich „auf eine nebenher, indes in Ansehung der Vertragserfüllung begangene Vertragsverletzung". Dies wird näher erläutert: „Der Beklagten lag die Vertragsverpflichtung ob, die Beleuchtungsanlage unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt so herzustellen, daß bei ihren Arbeiten eine Beschädigung des Eigentums und insbesondere der Gebäude M.s nach Möglichkeit vermieden werde". Vgl. auch RG. 55, S. 337.

Ferner: Das OLG. Celle in W. 1912, Nr. 245 [1]): „Zur Erfüllung der Verbindlichkeit [2]) gehöre auch die Unterlassung solcher Handlungen, die die Erfüllung vereitelten. Demgemäß sei der Beklagte auch verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, daß der Personenzug, auf dem der Kläger befördert ist, bei der Kreuzung mit dem Arbeitszuge (Kieszug) nicht gefährdet werde". OLG. (München) 22, 307: „Wer die Bearbeitung einer fremden Sache oder die Herstellung einer Vorrichtung daran übernimmt, hat nicht nur das Werk so herzustellen, daß es die versprochenen Eigenschaften hat und frei von Mängeln ist; er muß auch die ihm anvertraute Sache während der Ausführung seiner Arbeit und solange er sie in Gewahrsam hat, sorgsam behandeln und vor Beschädigungen schützen". Sonst trete Schadensersatzpflicht gemäß § 276 ein.

Eine eigenartige Begründung gibt das RG. im Sächs. Arch. 1905, S. 194 dafür, daß der Baumeister, der die trockene Herstellung eines Hauses der Neuzeit entsprechend übernommen hat, schadensersatzpflichtig sei, wenn er das in der Nähe eines Flusses im Grundwasser stehende Haus nicht gegen Grundwasser und Grundluft isoliert, so daß Feuchtigkeit und Schwamm eintritt. Hier sagt das höchste Gericht, es bestehe zwar keine vertragliche Verpflichtung zur Isolierung, aber zur Herstellung eines trockenen Hauses: daher habe der Baumeister als Sachverständiger die Notwendigkeit der Isolierung mitteilen müssen.

Einheitlich bei diesen Begründungen ist nur, daß der Schaden niemals auf die Verletzung einer Hauptverpflichtung zurückgeführt wird. Im übrigen ist aber unschwer zu erkennen, daß trotz der verschiedenartigen Begründungen von den Gerichten nicht beabsichtigt ist, die einzelnen Fälle hinsichtlich des rechtlichen Grundes zu trennen, ganz abgesehen von dem Umstande, daß fast stets § 276 als Rechtsquelle angeführt wird. Dies geht schon daraus hervor, daß das RG. selbst öfter in derselben Entscheidung — und sonst in verschie-

1) S. oben Seite 28 (nach dem Zitat des Reichsgerichts).
2) des Unternehmers.

denen Urteilen bei völlig gleichliegenden Tatbeständen — verschiedene Begründungen anführt. Es billigt auch die Entscheidung des OLG. Celle in W. 1912 a. a. O., der es seine eigenen Gründe (s. S. 28 zu 1) hinzufügt, ohne die Begründung des OLG. für abwegig zu erklären. Die verschiedenen Begründungen entsprechen denn auch durchweg verschiedenen in der Theorie zur Erklärung der Schadensersatzhaftung bei „positiven Vertragsverletzungen" unternommenen Versuchen.

Wenn das RG. den Unternehmer für sein „positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Ausführung" usw. haften läßt, so stellt es sich damit doch wohl auf den Boden der herrschenden Auffassung, wonach eben die vertretbar fehlerhafte Erfüllungshandlung (Oertmann Anm. 6 zu § 276), die fehlerhafte Leistungsbewirkung (Lehmann, AZP. 96, S. 276) im weitesten Sinne, (s. auch Zitelmann S. 276 ff.), also die positive Vertragsverletzung, zum Schadensersatz verpflichtet, und zwar bleibt es der ständigen Rechtsprechung des RG. treu, wonach diese Haftung aus § 276 herzuleiten ist[1]). Die Formulierung ist nur für den hier vorliegenden Fall des Werkvertrages besonders zurecht gemacht.

Geht man von diesem Gedanken aus, so erledigt sich zum großen Teile die Kritik des Hanseatischen Oberlandesgerichts in HGZ. 29, a. a. O. Wenn das RG. von positivem Zuwiderhandeln redet und das Wort positiv gesperrt drucken läßt (s. HGZ. a. a. O. S. 51), so will es damit nicht das sagen, was das Hanseatische OLG. aus seinen Worten herausliest. Allerdings, streng wörtlich genommen, würde dies bedeuten, daß das ursächliche Verhalten des Unternehmers positiv sein müsse, daß demnach zu unterscheiden wäre, ob „der Schade durch ein Tun des Unternehmers (beispielsweise die Öffnung eines Ventils während der Beförderung der Person oder die Benutzung eines Instruments bei der Bearbeitung der Sache) oder durch ein Unterlassen des Unternehmers (wie die Nichtöffnung eines Ventils oder die Nichtbenutzung eines Instruments)" herbeigeführt sei. Das Reichsgericht würde indes sicher nicht anstehen, alle diese Fälle gleich zu behandeln. Wenn von „positivem Zuwiderhandeln" die Rede ist, so wirkt eben die seit Staub allgemein übliche Bezeichnung „positive Vertragsverletzung" nach; die zum Nachteil des Bestellers eintretende Wirkung ist ja auch in den vorliegenden Fällen positiv[2]). So drückt sich auch RG. 66, 12 ff. aus. Es werde dem Besteller ein „positiver Schaden" zugefügt. Hier ist von positivem Zuwiderhandeln keine Rede. Es handelt sich ja bei den positiven Vertragsverletzungen nur noch um einen nun einmal eingebürgerten Namen; in manchen Fällen könnte man ebensogut von „negativen Vertrags-

1) Vgl. Schultze, ABR. 30, S. 144, Anm. 3.

2) Solche Fälle waren die ersten Fälle der „positiven Vertragsverletzung"; vgl. Planck-Siber S. 184, Abs. 3.

verletzungen" reden[1]). Bedenklich ist es schon, wenn das RG. die Sonderbehandlung dieser Fälle damit begründet, es liege hier ein positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt „bei" der Herstellung usw. vor. Es würde dies zwar noch nicht bedeuten, daß, wie das OLG. Hamburg a. a. O. ausführt, ein Unterschied zu machen sei, je nach dem beispielsweise „der Unternehmer bei der Bearbeitung einer Sache ein Instrument fahrlässig benutzt oder . . . ein von ihm bei der Arbeit benutztes Instrument vor Abschluß des Vertrages fahrlässig" herstellt. Denn auch im zweiten Falle kann man noch sagen, daß der Unternehmer fahrlässig gehandelt hat, weil er das schlechte Instrument bei der Arbeit benutzt hat[2]). Trotzdem ist die Formulierung des RG. zu eng; denn sie würde den Fall nicht treffen, daß der Unternehmer die ihm anvertraute Sache vor Inangriffnahme der Bearbeitung schuldhaft beschädigt. Daß aber auch hierfür der Unternehmer vertraglich haftet, dürfte heute wohl, gleichviel welche Begründung man diesem Satze gebe, nicht mehr bestritten werden[3]). Es ist denn auch anzunehmen, daß das RG. nicht in dem vom Hanseat. OLG. verfolgten Sinne auf das Wort „bei" Wert gelegt hat, sondern nur in der Richtung, wovon unten zu sprechen sein wird, daß es, was das Hanseat. OLG. nicht klar erkennt, die Fälle der Verletzungen des Fahrgastes oder der Beschädigungen der Sache während der Ausführung des Transportvertrages von solchen Fällen trennen will, in denen ein Mangel des Werkes, (der die Herstellung des Werkes selber betreffe, also nicht etwas, was „bei" dieser Herstellung geschehe) dem Schaden zugrunde liege. Daß es dem RG. um diesen Unterschied zu tun ist, zeigen seine Rechtsausführungen in dem Falle LZ. 1916 S. 1362 f. Hier nimmt das RG. mit der bekannten Begründung kurze Verjährung an, da der Schadensersatzanspruch auf § 635 beruhe, obwohl der Mangel des Werkes „auf Verletzung der Vertragspflicht bei Herstellung des Werkes zurückzuführen" sei.

Die anderen Formulierungen des RG. (und der OLG.) zeigen klar, daß stets dasselbe, nämlich Haftung wegen „positiver Vertragsverletzung" vom RG. gemeint ist. In sämtlichen Fällen, in denen von daneben laufenden Verpflichtungen, z. B. der „Sorgfaltspflicht"[4]), „den Reisenden und die Sachen . . . unbeschädigt an das Reiseziel zu bringen", die Rede ist, nimmt das RG. den Standpunkt derjenigen ein, welche die Haftung des Schuldners für „positive Vertragsverletzungen" in vielen Fällen mit der Verletzung einer „Erhaltungspflicht" begründen wollen[5]). Wenn das RG. im Sächs. Arch. 1905 a. a. O.

1) S. Zitelmann S. 272 f.
2) Vgl. Planck-Siber S. 186, Abs. 1 a. E.
3) Vgl. z. B. Planck-Siber S. 186, Abs. 1 Mitte.
4) Gegen diesen Ausdruck mit Recht Planck-Siber S. 189 f.; siehe auch Brecht, Jh. J. 53, S. 235, Anm. 1.
5) S. Planck-Siber S. 185 ff.

die Schadensersatzhaftung wegen der positiven Vertragsverletzung mit der Nichterfüllung einer Pflicht zur Mitteilung begründet, so tritt es hier völlig auf den Boden der Lehre, die einen großen Teil der positiven Vertragsverletzungen mit Verletzungen von „Anzeigepflichten" erklären will[1]).

Aber weshalb vermeidet das RG. nun alle diese für „positive Vertragsverletzungen" typischen Begründungen, wenn es sich um die Ableitung des Schadensersatzanspruches auf Grund von Mängeln des Werkes handelt, selbst dann, wenn nach Ansicht des RG. die Schäden nicht als unmittelbare Folgen der Mängel anzusehen sind und demgemäß der Schadensersatzanspruch ein „allgemeiner" aus § 276 und also doch wohl auch einer wegen „positiver Vertragsverletzung" ist?[2]). Beim Kauf macht es (anders Enneccerus a. a. O.) solche Unterschiede nicht. Man vergleiche z. B. die Entsch. RG. 53, S. 200 ff. Hier war der Käufer dadurch geschädigt worden, daß der Verkäufer ihm schuldhaft kranken Saathafer geliefert, und daß dieser Hafer, mit anderem gesunden Getreide des Käufers vermengt, auch dieses angesteckt hatte. Es lag also ein „Mangel" der Ware vor (s. §§ 459. 633). Die Ersatzpflicht des Verkäufers begründet das Gericht folgendermaßen: Es handele sich um eine Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten des Verkäufers. Diese Ersatzpflicht ergebe sich aus § 276 und den mehrfachen Bestimmungen über eine Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Schadens[3]). „Unter dem Vertreten von Vorsatz und Fahrlässigkeit muß die Haftung desjenigen, welcher vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletzt, für die Folgen seines Handelns und der durch dasselbe bewirkten Schädigung eines anderen[4]) verstanden werden". Es redet dann auch von „der Verletzung der allgemeinen Pflicht zur Aufwendung der gebotenen Sorgfalt (§ 276 BGB.)." Also die typischen Begründungen der Schadensersatzhaftung wegen positiver Vertragsverletzung! Weshalb soll aber diese Begründung nicht auch auf die durchaus gleichliegenden Fälle des Werkvertrages angewandt werden, in denen der Schaden eine Folge des Werkmangels ist — einerlei, ob der Schaden unmittelbar oder durch Vermittlung eines Zwischengliedes Folge dieses Mangels ist? Dieselbe Begründung paßt doch auch, wenn der Besteller auf dem

1) Krückmann, AZP. 101 S. 181 ff.; Jh. J. 59, S. 318 ff.; Klein, bes. S. 101 ff.; Planck-Siber S. 187 ff.; jetzt v. Alberti AZP. 181, S. 1 ff.

2) Auszunehmen ist der Fall LZ. 1916 a. a. O., wo nach dem RG. der Mangel, und damit doch auch der Schaden „auf Verletzung der Vertragspflicht bei Herstellung des Werkes" zurückzuführen ist; vgl. oben Seite 9. Auch dies ist ein Beweis dafür, das sich die vom RG. gemachten Unterscheidungen nicht rechtfertigen lassen.

3) S. Lehmann AZP. 96, S. 85 ff.

4) Erhaltungspflicht, Planck-Siber S. 187.

mangelhaften Klavierstuhle zusammenbricht und sich hierbei verletzt [1]), und auch dann, wenn die für die Dampfmühle gelieferte Dampfmaschine so schlecht ist, daß Betriebsstörungen in der Mühle eintreten [2])! Das RG. (das für den Kauf bei diesen „allgemeinen" Ansprüchen die kurze Verjährung eintreten läßt) vergleicht ja auch selbst den Tatbestand des § 635 mit dem in RG. 53, 200 ff., den es für analog liegend erklärt! In der Tat wird es sich hier um einen analogen Fall handeln, obwohl es sehr zweifelhaft ist, ob das RG. nicht im Werkvertragsrecht in einem dem Tatbestande der Entsch. RG. 53 a. a. O. ähnlichen Falle sich auf den Standpunkt stellen würde, der Schaden sei keine unmittelbare Folge des Mangels (so daß § 635 und damit die kurze Verjährung nicht zur Anwendung kommen könne). Als Zwischenglied könnte man hier nämlich sehr gut die Vermengung des mangelhaften Hafers mit dem gesunden Getreide durch den Käufer ansehen.

Auch die allgemeine Behandlung der Schadensersatzhaftung wegen vertretbar fehlerhafter Erfüllungshandlungen („positiver Vertragsverletzung") spricht gegen die Auffassung Ganz' und des RG. Es ist zwar für einzelne Schuldverhältnisse, insbesondere den Kauf [3]) bestritten, ob hier überhaupt Raum für eine Haftung wegen „positiver Vertragsverletzung" gegeben sei. Soweit aber diese Haftung anerkannt wird, pflegt niemals ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung zwischen den Fällen gemacht zu werden, in denen der Schaden darauf beruht, daß die Hauptleistung selbst fehlerhaft ist, oder daß diese zwar fehlerfrei ist, jedoch trotzdem einen Schaden hervorruft, sei es nun, daß die „Verschuldensform" der „schuldhaften Schlechtleistung" [4]) oder die Verletzung einer „Anzeigepflicht" oder „Erhaltungspflicht" oder die Verletzung einer Nebenverpflichtung zur Unterlassung der Schlechterfüllungshandlung [5]) als Ausgangspunkt der Schadensersatzhaftung auf Grund der Schlechterfüllung angenommen werde (vgl. auch Zitelmann S. 276 f., der diese Fälle zwar als tatsächlich verschieden von einander trennt, sie jedoch im übrigen völlig gleich behandelt). So wird gerade die Verletzung einer Anzeigepflicht angenommen, wenn die Lieferung kranken, also mangelhaften Getreides einen Schaden hervorruft [6]); und die Verletzung einer Erhaltungspflicht kann nach Siber a. a. O. in diesem Falle konkurrieren. Also gerade die Verletzungen von Nebenverpflichtungen werden hier als Haftungsgrund für auf Mängel zurückzuführende Schäden angenommen!

1) JW. 1911, 444[6].
2) Pos. Mon. Schr. 1917 a. a. O.
3) Früher Eccius, Gr. 43, 306 f.; Titze a. a. O., Kipp, DJZ. 1906, S. 225; gegen ihn von Blume, Jh. J. 55, S. 229; neuerdings Haymann S. 20 ff., bes. 34 ff., unter teilweiser Wiederholung der Gründe Kipps a. a. O.
4) Krückmann, Jh. J. 59, S. 313 f., bes. S. 315 ff.
5) Vgl. Schöller, Gr. 46, S. 27; Zitelmann, S. 278 f.
6) Planck-Siber, S. 188 letzter Absatz; Krückmann, Jh. J. a. a. O. S. 317 oben.

Ein Bedenken gegen eine einheitliche Auffassung der vom RG. und von Ganz verschieden bewerteten Tatbestände bleibt bestehen. Es ergibt sich das aus dem Umstande, daß, wie oben ausgeführt, bei Lieferung eines mangelhaften Werkes stets auch die Hauptverpflichtung des Unternehmers verletzt ist. Läßt sich nun die Unterscheidung zwischen Ansprüchen, die auf Mängeln des Werkes und Ansprüchen, die auf anderen vertretbar fehlerhaften Erfüllungshandlungen (positiver Vertragsverletzung) beruhen, vielleicht damit rechtfertigen, daß in dem ersten Falle der Schaden nur als Folge der (teilweisen) Nicht-Erfüllung der Hauptverbindlichkeit anzusehen ist? [1]) Dieses Bedenken ließe sich zwar auch für die Fälle der Schlechterfüllung geltend machen, bei denen gleichzeitig die Hauptleistung ausbleibt, ohne daß die Herstellung eines mit einem Mangel behafteten Werkes vorliegt, nämlich in den Fällen der Lieferung eines aliud [2]) oder einer anderen Handlung, welche nicht als tadellose Erfüllung der Hauptverpflichtung zu gelten hat, z. B. einer solchen, durch welche die Hauptverpflichtung gerade unmöglich gemacht wird. Es kann aber deshalb besondere Beachtung beanspruchen, weil die Schriftsteller [3]), welche im Falle der Herstellung eines mangelhaften Werkes teilweise Nichterfüllung der Hauptverpflichtung für vorliegend erachten, dies hauptsächlich aus dem Grunde tun, um den Schadensersatzansprüchen wegen des Mangels eine rechtliche Grundlage zu geben. Selbst Siber, welcher ausdrücklich den Schaden, der z. B. durch die Lieferung unreiner Sämereien entsteht, auf Verletzung einer Anzeige- oder Erhaltungspflicht zurückführt [4]), vertritt [5]) allem Anschein nach die Ansicht, daß der Schadensersatzanspruch wegen vom Schuldner zu vertretender unheilbarer Verschlechterung der Sache, sich (auch?) auf die teilweise Unmöglichkeit der Leistung stützen kann.

Der durch einen „Mangel" verursachte Schaden zeigt indes in dieser Hinsicht keine Besonderheit im Gegensatz zu den Schäden, welche auf vertretbar fehlerhafter Erfüllungshandlungen anderer Art zurückzuführen sind; und zwar unterscheidet er sich weder von Schäden infolge von fehlerhaften Erfüllungshandlungen, bei welchen gleich ihm die Hauptverpflichtung als nicht erfüllt anzusehen ist, noch von Schäden auf Grund von Erfüllungshandlungen, welche zwar die Hauptverpflichtung tadellos erfüllen, aber eine „schädigende Nebenwirkung" (Zitelmann) haben.

1) Vom RG. wird dies Bedenken, das auch für den Gattungskauf — s. Oertmann 2a δ αα zu § 433; 2a zu § 480; Planck-Siber 5b β vor § 275 — zutrifft, nicht beachtet.

2) Auch für den durch Lieferung eines aliud hervorgerufenen Schaden kommt vertragliche Haftung (wegen positiver Vertragsverletzung) in Frage, s. z. B. W. 1912, Nr. 372, S. 407 f.

3) Oben Seite 15, außer Titze.

4) Planck-Siber S. 188.

5) a. a. O. S. 214.

§ 4.

Sämtliche Schlechterfüllungshandlungen (auch die Herstellung eines mangelhaften Werkes) haben vielmehr, wie nunmehr im Einzelnen untersucht werden soll, miteinander gemein, daß sie einen Schaden hervorrufen, der von dem Schaden, der lediglich auf das Ausbleiben der Hauptleistung zurückzuführen ist[1]), zu trennen ist. Nur in Ausnahmefällen rufen sowohl die Schlechterfüllung als auch die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung einen und denselben Schaden hervor[2]).

Zunächst gibt es Fälle, die derartig beschaffen sind, daß bei ihnen nach Lage der Sache die Schäden nicht lediglich durch bloßes „Ausbleiben der rechten Erfüllungshandlung" hervorgebracht sein können; diese Schäden können nicht ausschließlich darauf beruhen, daß der Vertrag zwischen Unternehmer und Besteller abgeschlossen ist und der Unternehmer seine (Haupt)-Verpflichtung — zur Lieferung eines mangelfreien Werkes — nicht erfüllt hat, vielmehr muß hier immer mit Notwendigkeit noch ein anderes Ereignis in der Ursachenkette dazwischen liegen. Dieses Ereignis wird meistens ein positive Handlung des Schuldners sein; es kann aber auch z. B. ein Naturereignis sein; worauf wirklich der Schaden beruht, ist freilich nur für jeden einzelnen Fall festzustellen.

Klar ist, daß in den Fällen, in denen die Vornahme einer Handlung, durch welche die Hauptverpflichtung des Schuldners tadellos erfüllt wird, einen Schaden bei dem Gläubiger hervorruft, nicht das Ausbleiben der Hauptleistung die Ursache des eingetretenen Schadens sein kann[3]). So, wenn beim Transportieren des ohne Fehler hergestellten Möbelstückes in das Haus des Bestellers die Haustür beschädigt wird[4]), wenn der Elektrotechniker die Lichtanlage zwar mangelfrei herstellt, während der Arbeit aber durch Unvorsichtigkeit einen Brand im Zimmer hervorruft, oder wenn der Maler beim Streichen der Decke den Kronleuchter beschädigt. Dann ist der Schaden auf die „positive" Erfüllungshandlung zurückzuführen — abgesehen von seltenen Ausnahmefällen, in denen sich nachweisen ließe, daß auch *ohne* diese Erfüllungshandlung der betreffende Schaden eingetreten wäre. (Dann beruht der Schaden *weder* auf dem Ausbleiben der Hauptleistung *noch* auf der Erfüllungshandlung, sondern auf einem anderen positiven Ereignis.)

Wie ist es aber in den Fällen, in denen der Schaden darauf beruht, daß, wie Zitelmann S. 276 sich ausdrückt, die „unmittelbare Er-

1) Zitelmann S. 278.

2) Lediglich die Frage des Kausalzusammenhanges soll hier erörtert werden; die Frage der Haftung des Schuldners steht auf einem anderen Blatt.

3) Wann in diesen Fällen ein Mangel des Werkes und wann keiner anzunehmen ist, wird erst unten Seite 62 ff. behandelt werden. In den folgenden Fällen dürfte es auch so keinen begründeten Zweifeln unterliegen, daß man nicht von Mängeln des Werkes reden kann.

4) Zitelmann S. 276 f.

füllungshandluug selbst[1]) fehlerhaft" ist, besonders also in denjenigen Fällen, in welchen ein mangelhaftes Werk (oder ein aliud) hergestellt ist? Wie man auch die Grenze zwischen mangelfreier und mangelhafter Erfüllung des Werkvertrages und zwischen Mangel und aliud ziehen möge — es handelt sich hier doch um sehr ähnlich liegende Fälle[2]).

Wenn der Huf des Pferdes beim Beschlagen beschädigt wird, sei es nun durch mangelhaftes Einschlagen des neuen Hufeisens, oder indem das Tier während des Beschlagens in einen alten umherliegenden Hufnagel tritt, wenn der Fahrgast während des Transportes verletzt wird oder seine Kleider beschädigt werden, wenn der Besteller des Klavierstuhles (des mangelhaften Werkes) bei dessen Benutzung mit dem Stuhle zusammenbricht, wenn der geschleppte Dampfer beschädigt wird, wenn der Besteller des Anzuges durch die im Anzuge steckende (vergessene) Nadel verletzt wird, so daß er sich eine Blutvergiftung zuzieht, auch, wenn auf dem Bauplatz des Bestellers ein unbrauchbares Lagerhaus (das mangelhafte Werk) steht[3]), so ist klar, daß alle diese Schäden darauf zurückzuführen sind, daß Erfüllungshandlungen vorgenommen sind. Aus dem Kaufrecht läßt sich hier als Vergleich heranziehen, daß das gelieferte kranke Getreide[4]) mit gesundem vermischt wird und dieses infiziert, aus dem Mietrecht[5]), daß das gemietete Pferd, dem der Stallmeister Pfeffer unter den Schwanz gestreut hat, den Reiter abwirft, sodaß dieser Verletzungen erleidet. Kann man nun, weil diese schadenerzeugenden Erfüllungshandlungen die Eigentümlichkeit haben, daß durch sie die Hauptverpflichtung nicht oder nur teilweise erfüllt wird, also besonders in den Fällen der Herstellung eines mit Mängeln behafteten Werkes, sagen, der beim Gläubiger hervorgerufene Schaden beruhe auf der (teilweisen) Nichterfüllung? Diese Frage ist zu verneinen. Muß es schon als gekünstelt erscheinen, etwas Negatives, die Unterlassung einer Handlung[6]) als Ursache zu bezeichnen, wo doch zweifellos der Schaden durch ein positives Ereignis hervorgerufen ist, so ist es vorliegenden Falles auch unrichtig, die Nichterfüllung der Verpflichtung als Ursache zu bezeichnen. Es ist zwar richtig, daß im Falle der Leistung eines mangelhaften Werkes der Schuldner stets auch seine Pflicht, ein mangelfreies Werk zu liefern, nicht oder teilweise nicht erfüllt hat. Dieser Satz läßt sich aber nicht umkehren. Wenn die Verpflichtung zur Lieferung eines mangelfreien

1) Im weitesten Sinne des Wortes.

2) In den folgenden Beispielen finden sich Fälle, in denen — nach den später zu erörternden Grundsätzen — sowohl Mängel des Werkes als auch Schlechterfüllungshandlungen anderer Art vorliegen.

3) RG. im Recht 1920, Nr. 381.

4) Mag es sich nun um mangelhafte Ware oder um ganz andere Ware handeln.

5) Krückmann, Jh. J. a. a. O. S. 330 f.

6) Planck-Siber, Bem. 4d zu § 249.

Werkes nicht erfüllt ist, so ist damit nicht gesagt, daß ein mangelhaftes Werk geleistet sei. Die Hauptverpflichtung des Unternehmers ist so lange nicht erfüllt, bis er das mangelfreie Werk geleistet hat; ob er gar nichts leistet oder einen Erfüllungsversuch macht, ist für diese Frage ganz belanglos. Hiervon zu trennen ist die Frage der Kausalität. Dadurch daß der Schuldner überhaupt keine Erfüllungshandlung vornahm — man denke nur an die Körperverletzungen des Gläubigers —, konnten die zur Rede stehenden Schäden niemals entstehen. Es mußte ein positives Ereignis, als welches in den bisher hervorgehobenen Fällen nur die Erfüllungshandlung angesehen werden kann, hinzukommen. In den weniger häufigen Fällen, daß der Mangel darin zu erblicken ist, daß das versprochene Werk in quantitativ gemindertem Zustande geliefert ist, beruht der eingetretene Schaden dementsprechend nicht etwa darauf, daß ein Teil nicht geleistet, sondern gerade darauf, daß ein Teil geleistet ist. Wenn in diesen Fällen die Hauptverpflichtung (teilweise) nicht erfüllt ist, so ist dies eine Erscheinung, die nebenher geht, die aber für den Schaden nicht kausal ist; kausal ist die positive Handlung des Unternehmer-Schuldners, oder[1]), anders ausgedrückt, die „ungehörige Erfüllung" der Hauptverbindlichkeit. Man kann daher nicht sagen, der Schaden in den soeben besprochenen Fällen sei eine Folge der Verletzung der Hauptverpflichtung. Nicht negativ das Nicht-Guterfüllen[2]), sondern positiv die Schlechterfüllung ist die Ursache des Schadens. Eine etwa vorliegende Unmöglichkeit der Guterfüllung würde nur eine Begleiterscheinung der positiven Schlechterfüllungshandlung sein. Vom Standpunkte des Kausalzusammenhanges aus kann daher auch nicht zugegeben werden, daß die Schlecht- (oder Anders-) Leistung keinen Schaden erzeugen könne, der von dem der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung anders als „graduell" verschieden wäre[3]).

Mag man die Haftung für die hier besprochenen Schäden, wie dies Siber a. a. O. tut, mit der Verletzung einer Nebenverpflichtung (die auch kausal sein mag) begründen, so läßt es sich doch nicht leugnen, daß der Schaden ursächlich gerade auf die Schlechterfüllung zurückzuführen ist. Der Schaden kann hier also nicht als Schaden wegen (teilweiser) Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit des Unternehmer-Schuldners angesprochen werden. Es handelt sich um Schaden wegen Schlechterfüllung, wegen mangelhafter Erfüllung.

Daß der Schaden nicht auf die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung, sondern positiv auf die mangehafte Erfüllung als Ursache zurückzuführen sei, läßt sich aber nicht nur sagen, wenn der Körper oder

1) Vgl. RG. 53 S. 89 ff.
2) Zitelmann S. 278.
3) So Planck-Siber 3b γ vor § 275.

bestimmte Sachen des Besteller-Gläubigers beschädigt sind[1]), sondern auch dann, wenn lediglich allgemein das Vermögen des Gläubigers geschädigt ist. In diesen Fällen ist der „allgemeine Vermögensschaden" die Folge bestimmter Handlungen, zu denen die Schlechterfüllung den Besteller (Gläubiger) veranlaßt hat. Als Beispiele sind anzuführen die Fälle, daß der Besteller das mangelhafte Werk selbst ausbessern läßt und daß er (oder im Kaufrecht der Käufer) Schaden dadurch erleidet, daß sein Abnehmer das mangelhafte Werk (die mangelhafte Sache) zurückweist, und er „Verlust an den Spesen" (s. Krückmann Jh. J. a. a. O. S. 317) macht. Geht man von dem eben angeführten instruktiven Beispiel Krückmanns aus dem Kaufrecht aus, so ist allerdings klar, daß es zu einem Schadensersatzanspruch des Abnehmers wegen Nichterfüllung, etwa auf Grund des § 326, auch *ohne* irgend eine Erfüllungshandlung des Verkäufers kommen könnte. *Wandeln* konnte der Dritte aber nur, wenn ihm eine mangelhafte Ware geliefert wurde, und dies war gerade die Ware, deren Mangel der (erste) Verkäufer zu vertreten hat; daß der (erste) Käufer die Kosten — im weitesten Sinne — dieser Wandlung zu tragen hat, beruht also darauf, daß er die mangelhafte Ware erhalten hat; dieselben Kosten hätte er vielleicht ersetzen müssen, wenn er *eine andere*, nicht von dem ersten Verkäufer stammende Ware seinem Abnehmer geliefert hätte; aber wenn er *überhaupt* nichts geleistet hätte, wäre ihm *dieser* Schaden nicht erwachsen; im vorliegenden Falle ist der Schaden nun aber gerade dadurch entstanden, daß der Käufer die mangelhafte Ware des „ersten Verkäufers" zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit benutzt hat; er ist demnach auf die Handlung des ersten Verkäufers zurückzuführen. Ebenso ist die Sachlage, wenn das einige Stunden vor der Festlichkeit gelieferte Ballkleid nicht paßt und schnell von der am nächsten wohnenden Schneiderin geändert werden muß[2]), oder wenn der gelieferte Dampfkessel sofortige Reparaturen erfordert[3]).

Wäre das Ballkleid *nicht* geliefert, so wären auch die Änderungen daran nicht vorgenommen und der so geartete Schaden nicht eingetreten; die Tatsache, daß es in mangelhaftem Zustande geliefert wurde (in Verbindung mit dem Umstande, daß keine Zeit mehr vorhanden war, die Schneiderin selbst zur Mängelbeseitigung gemäß § 633 aufzufordern)[4]), nötigten die Bestellerin, bei der ersten besten Schneiderin die Änderung gegen Entgelt vornehmen zu lassen[5]). Nahe ver-

1) Diese Schäden werden oft „positive Schäden" genannt.
2) Rümelin S. 186 f.
3) Eckstein, ABR. 43, S. 201.
4) Sonst könnte § 254 in Frage kommen.
5) Das Vornehmenlassen dieser Änderungen ist durchaus als adäquate Folge der mangelhaften Leistung im Sinne der herrschenden Lehre anzusehen; eine andere Beurteilung des Kausalzusammenhanges, auch unter Heranziehung des § 254, würde z. B. in dem Ausnahmefall eintreten, daß die Bestellerin noch rechtzeitig ein gleiches passendes Kleid anderswo hätte bekommen können.

wandt ist der Fall der Reparaturkosten für den mangelhaften Dampfkessel. Auch hier veranlaßte positiv die Lieferung des mangelhaften Kessels den Besteller, die Reparaturen vornehmen zu lassen; der Schaden ist durchaus eigenartig; er setzt sich aus den Kosten zusammen, die für die gerade erforderlichen Ausbesserungen des Kessels berechnet sind; die Nichterfüllung hätte vielleicht den Besteller zwingen können, einen anderen Kessel zu kaufen; diesen Schaden konnte sie aber niemals hervorrufen. Auch wenn der Besteller etwa unnütz Kohlen in dem unbrauchbaren Kessel verbrannt hätte, beruhte der Schaden auf der Schlechterfüllung.

Andererseits können auch sogenannte „positive Schäden" (selbst Körperverletzungen usw.) auf der Nichterfüllung und nicht ausschließlich auf einem positiven Ereignis beruhen. Die bisherigen Fälle lagen so, daß man zwar (wenn man den Einzelfall nicht genau kannte) nicht mit Sicherheit sagen konnte, ob der Schaden auf eine positive Handlung des Unternehmers oder ein anderes Ereignis zurückzuführen sei, wohl aber, daß die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung nicht als kausal anzusehen sei. Es gibt aber auch Fälle (besonderen und allgemeinen Vermögenschadens), in denen der eingetretene Schaden sowohl auf der Nichterfüllung als auch auf der Schlechterfüllung beruhen kann, und in denen es genauer Untersuchung der tatsächlichen Umstände bedarf, damit festgestellt werden kann, ob das Eine oder das Andere oder gar Beides zusammen der Fall ist.

In manchen Fällen wird es als seltene Ausnahme zu bezeichnen sein, wenn der Schaden nicht auf die Schlechterfüllungshandlung, sondern auf das Ausbleiben der Hauptleistung als Ursache zurückzuführen ist; manchmal auch wird umgekehrt die Ausnahme darin bestehen, daß der Schaden auf der Schlechterfüllung und nicht auf der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit beruht.

a) So wird im Falle der Aufstellung einer falschen Taxe der entstandene Schaden nur in seltenen Ausnahmefällen auf das Ausbleiben der Hauptleistung zurückgeführt werden können. Daß der Besteller das Grundstück zu teuer gekauft hat, beruht gerade darauf, daß er durch die Taxe veranlaßt wurde, das Grundstück zu einem bestimmten Preise zu erstehen. Ebenso ist die Sachlage, wenn auf Grund von fehlerhaften Bauplänen, (die herzustellen waren) [1]) ein Bau mangelhaft ausgeführt wird; wenn der Besteller vom Unternehmer unrichtig verwogene Waren unter Zugrundelegung des falschen Gewichts verkauft; wenn in der fehlerhaften Kühlanlage Fleisch verdirbt; wenn der Besteller sich in dem nicht imprägnierten Mantel erkältet. Hier wird in der Regel der Schaden infolge des Mangels eintreten; die mangelhafte Erfüllung veranlaßt erst den Besteller zu gewissen Handlungen (Verkauf gemäß dem falschen Gewichte, Hineinlegen des Fleisches

1) OLG. Cöln im Recht 1907 a. a. O.

in die Kühlanlage, Anziehen des Regenmantels), die den Schaden letzten Endes eintreten lassen. Nur in zum Teil fast undenkbaren Ausnahmefällen wird man hier sagen können, der Schaden beruhe auf der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung, nämlich dann, wenn der Besteller zufällig dieselbe falsche Taxe oder dieselben falschen Baupläne anderweit erhalten haben würde, wenn er dieselben Fehler beim Wiegen etwa selbst begangen hätte, wenn er ohne Lieferung der Kühlanlage keine andere für das Fleisch hätte benutzen können oder eine andere schlechte benutzt hätte, wenn er ohne Lieferung des Mantels keinen Mantel anzuziehen gehabt hätte.

b) Ist die letzte Schadensursache eine Betriebsstörung oder besteht der Schaden in dem Entgehen von Gewinn, so wird der Schaden meist auf das Ausbleiben der Hauptleistung, aber schon häufiger, als in den eben aufgeführten Fällen die Nichterfüllung als Ursache anzusehen war, auf die Schlechterfüllung als solche zurückzuführen sein.

Während es sich im Falle der Reparaturen, im Falle der Wandlungskosten, und in den Fällen, daß auf Grund falscher Taxen oder Auskünfte bestimmte Handlungen vorgenommen werden, um schadenerzeugende Umstände[1]) handelt, wie sie gerade durch die Lieferung des mangelhaften Werkes, niemals jedoch ohne eine solche Leistung, lediglich infolge Nichterfüllung, eintreten können, liegen hier Schäden vor, wie sie genau so eintreten können, wenn überhaupt keine Erfüllungshandlung vorgenommen wird. Es wird hier immer auf den einzelnen Fall ankommen. Eine Betriebsstörung kann eintreten, wenn die Maschine überhaupt nicht geliefert wird und der Besteller sich keine andere beschaffen kann. Dann beruht der Schaden auf der Nichterfüllung; dasselbe gilt, wenn der Unternehmer zwar die Maschine liefert, diese aber so mangelhaft ist, daß sie nicht benutzt werden kann; es ist in diesem Falle für die Entstehung des Schadens ganz gleichgültig, ob die unbrauchbare Maschine geliefert ist oder nicht. So auch, wenn die Maschine zwar nicht gänzlich unbrauchbar, aber doch nur in beschränktem Umfange zu benutzen ist; der Schaden beruht auch hier nicht darauf, daß das mangelhafte Werk geliefert ist, sondern darauf, daß die Maschine nicht so benutzt werden kann, wie es nach dem Vertrage zu erwarten war[2]), also auf der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung des Unternehmers zur Lieferung eines mangelfreien Werkes; die erfolgte Lieferung des mangelhaften Werkes hat keinen Schaden verursacht, sondern — im Gegenteil — den durch die Nichterfüllung erwachsenen Schaden zum Teil verhindert. Ebenso liegt der Fall, daß Kraftverlust eintritt, weil die Dynamomaschine mangelhaft ist. Auch

1) Die Vornahme der Reparaturen usw. sind die letzten Glieder in der Kausalkette, wodurch der allgemeine Vermögensschaden erzeugt wird.

2) Für diese Fälle im Ergebnis richtig Siber a. a. O. 3a α, 3b α aa und 3b γ vor §§ 275 bis 292.

der Schaden, der dadurch entsteht, daß das Werk bis zur Beendigung der Nachbesserungsarbeiten nicht benutzt werden kann[1]), ist nicht auf den Mangel des Werkes, sondern auf das Ausbleiben der Hauptleistung zurückzuführen[2]).

Anders ist die Sachlage dagegen, wenn etwa durch die Lieferung eines mangelhaften Maschinenbestandteils die ganze (im übrigen tadellose) Maschine beschädigt und auf diese Weise eine Betriebsstörung herbeigeführt wird. Nach allem Erwähnten bedarf es keiner Ausführung mehr, daß hier die Erfüllungshandlung und nicht die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit die Ursache der Betriebsstörung ist. Der durch die Betriebsstörung entstandene Schaden kann sich natürlich auch als entgangener Gewinn darstellen. Auch das Entgehen dieses Gewinnes ist dann, je nach dem, auf die Nichterfüllung oder auf die Schlechtleistung zurückzuführen. So läßt sich in Ecksteins[3]) Fall, wo dem Besteller 500 Mark Gewinn entgehen, weil er den gelieferten mangelhaften Kessel nicht benutzen kann, dieser Schaden von 500 Mark aber *nur* auf die Nichterfüllung zurückführen (und nicht, wie Eckstein will, sowohl auf Nichterfüllung, als auch auf die mangelhafte Erfüllung!). Kauft der Besteller (für die gelieferte mangelhafte) eine neue teurere Maschine, so beruht der ihm hierdurch erwachsene Schaden auf Nichterfüllung, wenn er den Kauf deshalb vornimmt, weil die Maschine mangelhaft ist, auf Schlechterfüllung, wenn der gelieferte Maschinenteil die Mangelhaftigkeit der ganzen Maschine herbeigeführt hat. Daß er die Maschine oder die Ausführung des Baues[4]) bereits bezahlt hat, ist weder auf die Schlechterfüllung, noch auf das Ausbleiben der Leistung, sondern lediglich auf den Abschluß des Vertrages zurückzuführen[5]).

Wenn der Reisende (oder der Reiter) so verletzt wird, daß er deswegen die Reise nicht fortsetzen kann, und ihm wegen der dadurch bedingten Versäumung wichtiger Geschäfte Gewinn entgeht, so ist die Ursache dieses Schadens die Verletzung des Reisenden (richtig Krückmann a. a. O.). So auch, wenn die Verletzung den Reisenden zwingt, Aufenthalt in einer Zwischenstation zu nehmen und er hier besonderen Aufwand machen muß[6]). Dieser Fall hat die Besonderheit, daß auch die (teilweise) Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Unternehmers, den Reisenden von Ort zu Ort zu befördern, als Ursache des Schadens anzusehen ist; die Nichterfüllung selbst ist aber wiederum die Folge der Verletzung des Reisenden; sie ist hier nicht Neben- oder Begleit-, sondern Folgeerscheinung der fehlerhaften Erfüllungshandlung des Unter-

1) Vergl. Staudinger-Kober 1 b α zu § 635.
2) Gegen Kober a. a. O.
3) ABR. 43, S. 201.
4) RG. im Recht 1920 a. a. O.
5) Hierzu unten Seite 53, 72 f.
6) Vergl. JW. 1908, S. 196 a. a. O.

nehmers. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Unternehmer die ihm anvertraute, zu bearbeitende Sache beschädigt oder zerstört; hierdurch wird auch die Unmöglichkeit der Ausführung des versprochenen Werkes verursacht [1]). Gleichliegend ist der Fall von Blumes [2]), daß die ungesunde Wohnung nicht benutzt werden kann.

Anders aber auch hier, wenn z. B. der Reisende trotz der Verletzung weiterreisen könnte, die Reise aber wegen der Schadhaftigkeit der Lokomotive, die auch den Unfall zur Folge gehabt hat, nicht fortgesetzt werden kann; dann beruht die Körperverletzung auf der Schlechterfüllung, das Entgehen des Gewinnes dagegen auf dem teilweisen Ausbleiben der Hauptleistung; zu den besonderen Ausgaben an dem notwendigen Aufenthaltsorte ist der Reisende dann durch die teilweise Erfüllung und (als weiteres Glied in der Ursachenkette) durch die teilweise Nichterfüllung veranlaßt worden. Schlechterfüllung und Nichterfüllung können auch konkurrieren; so, wenn der Reisende so schwer verletzt ist, daß er nicht weiterreisen kann, und wenn außerdem die Fahrt wegen Schienenbruchs nicht fortgesetzt werden kann.

Wie sehr oft die Frage nach der Kausalität von Schlechterfüllung einerseits und Nichterfüllung andererseits völlig Tatfrage ist, zeigen noch besonders deutlich die nachstehenden Fälle: Der Schaden besteht darin, daß Gebäude und Unterlagen für die gelieferten mangelhaften Maschinen nutzlos hergestellt, oder daß Einrichtungsgegenstände für das unbrauchbare Lagerhaus angeschafft sind. Hat der Besteller sofort nach Abschluß des Vertrages die Gebäude und Unterlagen bauen lassen oder die Einrichtungsgegenstände angeschafft, so ist der Schaden auf die Nichterfüllung zurückzuführen; hat er sich aber erst durch die Lieferung der Maschinen oder nach erfolgtem Bau des Hauses veranlaßt gesehen, hierfür passende Unterlagen bzw. Einrichtungsgegenstände anzuschaffen, so beruht der Schaden auf der Schlechterfüllung. So ist auch, um das Beispiel aus dem Kaufrecht heranzuziehen, zu unterscheiden, wenn der Käufer der mangelhaften (Gattungs-)Sache von seinem Abnehmer wegen Nichterfüllung schadensersatzpflichtig gemacht wird: War der Kauf zwischen dem Käufer und dessen Nachmann schon vor der Lieferung der mangelhaften Sache abgeschlossen, so kommt nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Frage; hat sich aber der Käufer erst durch die Lieferung der fehlerhaften Ware (deren Mängel er nicht erkannte, §§ 464, 254, vergl. Krückmann, AZP. 101, S. 233) zum Abschluß des Verkaufs bestimmen lassen, so beruht sein Schaden auf der Schlechterfüllung.

Das Ergebnis ist demnach: Es gibt Schäden, die auf die Schlechterfüllung (im weitesten Sinne) und Schäden, die auf die Nichterfüllung zurückgeführt werden können; manchmal ist auch beides kausal. Letzten

1) Vergl. Planck-Siber, S. 186 oben.
2) Jh. J. 55, 225.

Endes kommt alles auf den einzelnen Fall an. Jedenfalls läßt sich auch dann, wenn das Werk selbst mangelhaft ist, in vielen Fällen sagen, daß der Schaden nicht auf das Ausbleiben der Hauptleistung, sondern positiv auf die Schlechterfüllung, die Herstellung des mangelhaften Werkes zurückzuführen sei.

Damit ist also zunächst die Möglichkeit gegeben, Schadensersatzansprüche wegen des Mangels des Werkes von Schadensersatzansprüchen zu scheiden, welche auf die Nichterfüllung der Haupterfüllung des Unternehmers zurückzuführen sind. Es braucht nur jedesmal der Kausalzusammenhang festgestellt zu werden.

Ferner ist aber kein innerer Grund dafür ersichtlich, innerhalb der Schadensersatzansprüche, welche sich auf Schlechterfüllung stützen, einen Unterschied in Ansehung der rechtlichen Begründung zu machen, je nach dem es sich um die Herstellung eines mit Mängeln behafteten Werkes oder um eine Schlechterfüllung anderer Art handelt [1]).

§ 5.

Spricht somit alles dafür, daß auch beim Werkvertrage den Ansprüchen wegen der Verletzung der Hauptverpflichtung ein einheitlicher Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung — also auch wegen des „Mangels" — gegenüber steht, der jedenfalls nicht in die vom Reichsgericht oder Ganz beliebten Unterarten zerfällt, so steht dieser Auffassung und damit der endgültigen Beantwortung der Frage, was unter Schadensersatzansprüchen „wegen des Mangels" im Sinne des § 638 zu verstehen sei, noch die Vorschrift des § 635 entgegen.

Es bleibt die Möglichkeit zu erörtern: Ist dieser nach allgemeinen Grundsätzen nicht bestehende Unterschied etwa für den Werkvertrag durch § 635 eingeführt worden? Mit anderen Worten, will § 635 den Schadensersatzanspruch auf Grund von Mängeln des Werkes ausschließlich regeln? § 635 bestimmt: „Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandlung oder der Minderung Schadens-

1) Am besten wird es sein, was die rechtliche Behandlung der Haftung wegen Schlechterfüllung anlangt, Zitelmann S. 281 zu folgen, nach dem die (zu vertretende) Schlechterfüllung als solche eine Schadensersatzpflicht des Schuldners nach sich zieht; siehe auch Leonhard S. 24; gegen die Annahme einer Anzeigepflicht bei Arglist auch von Alberti a. a. O. S. 147 f. Die Grenzfrage, wann für eine Schlechterfüllung, besonders in den Fällen der Lieferung eines aliud, oder wenn die Hauptverpflichtung selbst tadellos erfüllt wird, noch auf Grund des Vertrages einzustehen ist, läßt sich letzten Endes nur nach Treu und Glauben bestimmen, s. Planck-Siber 1 b zu § 278 S. 226 („positive Vertragsverletzung" liegt, wie von Tuhr, III, 463 mit Recht bemerkt, nur vor, wenn ein „innerer Zusammenhang mit der Vertragserfüllung" vorhanden ist); es kommt schließlich auf das hinaus, quidquid dare facere oportet ex fide bona (Oertmann 6 γγ zu § 276, S. 115).

ersatz wegen Nichterfüllung verlangen". § 635 hat also zur Grundlage, daß ein vom Unternehmer-Schuldner zu vertretener Mangel des Werkes vorliege. Es handelt sich demnach um Fälle, die schon nach allgemeinen Grundsätzen den Schuldner auf Schadensersatz haften lassen, nämlich um die Fälle der „unmittelbar fehlerhaften Erfüllungshandlung" im Sinne Zitelmanns: die Hauptverpflichtung selbst muß mangelhaft ausgeführt sein. Die zur Begründung der Anwendung des § 635 erforderlichen Tatsachen decken sich also vollständig mit Umständen, die auch den allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung („positiver Vertragsverletzung") auszulösen vermögen. Dies ist gegenüber Hohlfeld S. 42 f. festzustellen. Nach Hohlfeld S. 42 ist der Anspruch aus § 635 umfassender als der „allgemeine Schadensersatzanspruch", den Hohlfeldt S. 42 u. f. auch neben § 635 anerkennt. Dies soll sich daraus ergeben, daß der Unternehmer nach § 635 mehr Umstände zu „vertreten" habe, als auf Grund des allgemeinen Schadensersatzanspruchs. Der allgemeine Schadensersatzanspruch trete nur bei culpa lata des Schuldners ein, der Anspruch aus § 635 dagegen nicht nur, wenn der Mangel auf culpa levis des Unternehmers beruhe, sondern auch dann, wenn der Mangel einer übernommenen Garantie zuwiderlaufe. Der Satz, daß der allgemeine Schadensersatzanspruch nur bei grober, und nicht auch bei leichter Fahrlässigkeit gegeben sei, bedarf in dieser Allgemeinheit keiner Widerlegung; auch der zweite Grund Hohlfelds trifft nicht zu: Hat der Unternehmer eine wirkliche Garantie übernommen, d. h. sich verpflichtet, „für das Eintreten eines bestimmten Erfolges einzustehen" [1]), so hat er, allgemein, nicht nur beim Werkvertrage, außer Vorsatz und Fahrlässigkeit auch Zufall zu vertreten, eine Möglichkeit, die § 276 durch die Worte: „soweit nicht ein anderes bestimmt ist" [2]) ausdrücklich zuläßt. Wenn sich Hohlfeld (S. 42, Anm. 54) darauf beruft, in den Kommentaren zu § 635, z. B. von Oertmann[3]) und Staudinger[4]) sei von einer Garantieübernahme die Rede, so ist dies daraus zu erklären, daß gerade beim Werkvertrage der Unternehmer besonders häufig erklärt, er übernehme die Haftung für etwaige Mängel und deren Folgen. Der Tatbestand des § 635 unterscheidet sich also in nichts von einem der Tatbestände des allgemeinen Schadensersatzanspruches wegen Schlechterfüllung. Insofern kann, vergl. Haymanns Ausführungen, S. 34 – zu § 480 –, gesagt werden, daß im § 635 ein Fall der „positiven Vertragsverletzung" seine „Regelung erfahren" habe.

Dies darf aber nicht dazu verführen, die Bedeutung des § 635 aus der Welt zu schaffen, indem man im Sinne Lehmanns[5]) § 635

1) Vergl. Gierke S. 793; RG. 90, S. 415.
2) Neben der Möglichkeit einer Einschränkung der Haftung.
3) 1b zu § 635.
4) Kober 2b zu § 635; s. auch Mot. II, S. 481.
5) AZP. 96, S. 80 ff.

lediglich mit als Beweis für das Vorhandensein eines allgemeinen Schadensersatzanspruches wegen positiver Vertragsverletzung gelten läßt, oder gar, wie dies Krückmann[1]) hinsichtlich der Bestimmungen des § 480 tut, für „versehentlich" in das Gesetz aufgenommen hält.

Andererseits kann aber auch nicht behauptet werden, daß die „Regelung" der positiven Vertragsverletzung in § 635, wie dies Haymann a. a. O. für § 480 behauptet, eine „abschließende" sei[2]).

Beide Auffassungen scheitern an dem Einwand Sibers[3]), daß der vom Gesetz (in den §§ 463 und 480, und auch in unserem Falle, in § 635) gewährte Schadensersatzanspruch „wegen Nichterfüllung" doch nicht auf Ersatz des durch die „positive Vertragsverletzung" verursachten Schadens gehe. In der Tat sind die Voraussetzungen des allgemeinen Schadensersatzanspruches wegen Schlechterfüllung und des § 635 zwar dieselben. Dieser Anspruch gewährt dem Gläubiger aber andere Rechte als jener. Der aus § 635 abgeleitete Anspruch hat seine Besonderheit darin, daß er auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" geht.

Diese Auffassung bedarf allerdings in Anbetracht des Streites, der über die Bedeutung des „Schadensersatzes wegen Nichterfüllung" im Gebiete des Mängelrechtes herrscht, der Begründung. Es soll daher im folgenden untersucht werden, was das Gesetz hier unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" versteht.

Um einem Mißverständnis vorzubeugen, sei vorweg bemerkt, daß es sich hier nicht um den Streit zwischen der Differenz- und der Surrogationstheorie oder der zwischen beiden vermittelnden Meinung[4]) handelt. Denn dieser Streit geht darum, ob Ersatz wegen Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages etwas Anderes sei, als Ersatz wegen Nichterfüllung der Einzelverpflichtung des Schuldners[5]). Hier geht es um die Frage: Wegen Nichterfüllung welcher Einzelverpflichtung hat der Schuldner Ersatz zu leisten?

Daß an die Nichterfüllung einer „Nebenverpflichtung" der oben gekennzeichneten Art gedacht sei, ist, schon angesichts des Umstandes, daß diese Nebenverpflichtungen keineswegs allgemein anerkannt sind, nicht anzunehmen. Wäre dies der Fall, so wäre allerdings klar, daß das Gesetz Schadensersatz gerade wegen des Mangels des Werkes geben wolle. Aber hierfür liegt, wie gesagt, kein Anhaltspunkt vor, das Gesetz würde, wenn es gerade diesen Schadensersatzanspruch geben wollte, wie dies in anderen Gesetzesbestimmungen geschehen ist,

1) AZP. 101, S. 196.

2) Soweit die „positive Vertragsverletzung" die Erfüllungshandlungen mit einbegreift, welche Schaden hervorrufen, ohne selbst „mangelhaft" zu sein, ist Haymanns Ansicht gänzlich unhaltbar; denn diese positiven Vertragsverletzungen sind in den §§ 480, 635 nicht geregelt.

3) Planck-Siber 5 b α vor § 275, S. 197 Abs. 3 a. E., gegen Haymann a. a. O.

4) Siehe hierüber Planck-Siber 1 a zu § 325.

5) Vergl. Planck-Siber 1 b zu § 280.

eine andere Formulierung gewählt haben. Es würde, worauf von Blume S. 225 Anm. 3 aufmerksam macht, entsprechend den Vorschriften der §§ 524, 620, 823, 826 verordnet haben, daß der aus dem Mangel entstehende Schaden zu ersetzen wäre.

Es geht auch nicht an, wie dies im Falle des § 463 möglich ist, zu sagen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit könne deshalb nicht in Frage kommen, weil die Hauptverbindlichkeit ja gar nicht unerfüllt sei[1]). Dies gilt zwar für den Spezieskauf, nicht aber für den Werkvertrag.

Man kann auch nicht behaupten, verständigerweise könne nur der Ersatz desjenigen Schadens gemeint sein, der durch den Mangel verursacht sei; ein anderer Schaden sei dem Besteller ja gar nicht erwachsen. Hiergegen spricht außer den eben vorgetragenen Gründen, daß es nicht richtig ist, daß ein Schaden, der nicht auf dem Mangel beruhe, dem Besteller nicht erwachsen sein könne; kauft der Besteller, da die gelieferte Maschine mangelhaft ist, eine neue gute, so beruht der doch tatsächlich eingetretene Schaden, wie oben dargetan, nicht auf dem Mangel, sondern auf dem Ausbleiben der Hauptleistung; denn die Maschine hätte sich der Besteller auch gekauft, wenn gar nicht erfüllt wäre[2]).

Daß Schadensersatz wegen des Mangels zu leisten sei, läßt sich auch nicht, wie dies z. B. Kipp[3]), Schollmeyer[4]), Siber[5]) tun, damit begründen, daß bei Vorhandensein eines Mangels teilweise Nichterfüllung der Hauptverpflichtung vorliege[6]). Denn, wie oben erörtert, liegt meist vollständige, nur selten teilweise Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit vor. Und auch in den Fällen quantitativer Mängel würde der durch den Mangel veranlaßte Schaden nicht auf die nur nebenher bestehende, aber gar nicht ursächliche teilweise Nichterfüllung zurückzuführen sein[7]).

Das Reichsgericht, Krückmann und Leonhard vertreten nun die Ansicht, daß unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" sowohl Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit, als auch Schadensersatz wegen des Mangels zu verstehen sei. In den das Thema dieser Arbeit betreffenden bisher besprochenen Entscheidungen des RG. (und der OLG.) wird überhaupt nicht erörtert, was unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" zu verstehen sei; auf die

1) Vergl. Oertmann 2b zu § 635; 5 zu § 463.

2) Ob der Unternehmer den Schaden verursacht hat und ob er dafür aufzukommen hat, ist eine andere Frage.

3) Verhandlungen des 27. Jur.-Tages, Bd. I, S. 288 ff.; für den Fall des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft.

4) Jh. J. 49 a. a. O.

5) Bei Planck, IV 1c vor §§ 275—292.

6) Dies nimmt, trotz seines im Ergebnis abweichenden Standpunktes merkwürdigerweise auch von Blume S. 223 an.

7) Siehe oben Seite 37.

Kausalität wird keine Rücksicht genommen. In den Fällen, in denen der Schadensersatzanspruch als allgemeiner, nicht aus § 635, sondern aus § 276 herzuleitender hingestellt wurde, ist freilich stets der Ersatz solchen Schadens zugesprochen worden, der sich auf die Schlechterfüllung (im weitesten Sinne) zurückführen läßt. Wird der Anspruch aber auf § 635 gestützt, so wird unbedenklich auch der Ersatz des Schadens zugebilligt, der gar nicht auf dem Ausbleiben der Leistung, sondern nur auf der fehlerhaften Erfüllungshandlung als solcher beruhen kann. So, wenn Schadensersatz gewährt wird, weil das Fleisch in der fehlerhaften Kühlanlage verdorben ist, wenn infolge mangelhaften Beschlagens des Pferdes das Tier erkrankt, wenn wegen Verwendung frischen Holzes der ganze Bau fault[1]). Die Gerichte folgen hier offenbar der für § 480 in RG. 53, S. 89 ff. dargelegten Ansicht des RG., daß das Gesetz, wenn es Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähre, hierunter Schadensersatz wegen „ungehöriger Erfüllung" mit verstehe. Allein das höchste Gericht führt nichts zum Beweise seiner Behauptung an, der § 480 gebe dem Käufer nur das Recht, aber nicht die Pflicht, Schadensersatz lediglich auf der Grundlage zu verlangen, als ob überhaupt nicht erfüllt sei, er könne auch den Standpunkt einnehmen, daß Schadensersatz wegen ungehöriger Erfüllung zu leisten sei!

Leonhard S. 56 f. hält es (für § 463) für „unhaltbar", wenn man, da das Gesetz von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" rede, nur den Schaden ersetzen wolle, der durch das Ausbleiben der Leistung, nicht auch den „weiteren Schaden, der durch die Mängel der Leistung erwachsen sei". Das ist selbstverständlich durchaus richtig, nur fragt es sich, ob dann dieser „weitere Schaden" sich aus den §§ 463, 480, 538, 635[2]) herleiten lasse, oder nicht vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen (Schadensersatz wegen Schlechterfüllung, positiver Vertragsverletzung). Gegen diese von v. Blume S. 222 ff. vertretene Auffassung wendet sich Krückmann Jh. J. 59 S. 328 ff.

Krückmann hat zwar recht, wenn er sich[3]) dagegen wendet, mit von Blume[4]) den Grund des Gewährschaftsrechtes in einer „Enttäuschung" des Käufers usw. zu finden; aber diese Frage bedarf hier keiner weiteren Erörterung; zweifelt schon v. Blume[5]) selbst, ob § 463 „auf den Leisten des Gewährschaftsrechtes" zu schlagen sei, so würde er dies für § 635 wohl kaum annehmen; denn Seite 228 stellt er ausdrücklich die Haftung des Verkäufers wegen „schuldhafter Verletzung seiner Vertragspflichten" der Gewährschaftshaftung als rechtlich verschieden gegenüber, er bringt also nicht, wie Krückmann Seite 107

1) Siehe oben S. 9 f.
2) Bei v. Blume a. a. O. S. 123 ist offenbar § 636 falsch statt § 635 zitiert.
3) Besonders a. a. O. S. 105 ff.
4) a. a. O. S. 217.
5) S. 217 unten, S. 218 oben.

unten irrtümlich annimmt, auch die positiven Vertragsverletzungen „auf den Nenner der Enttäuschung".

Ferner wendet Krückmann gegen v. Blumes Lehre, daß zwischen dem Schaden wegen Nichterfüllung und dem wegen „positiver Vertragsverletzung" zu unterscheiden sei, ein[1]), es sei immer wieder „auf die Verursachung und ihre Tragweite hinzuweisen". Dafür, daß (im Falle der gemieteten ungesunden Wohnung) der Gesundheitsschaden des Mieters nicht mit § 538 einzubringen sei, spreche nur das Wort „wegen Nichterfüllung"[2]). Als Gegenbeispiel, welches v. Blume schlagen soll, führt Krückmann a. a. O. den Fall an, daß der Stallmeister dem vermieteten Pferde, „um es zur Haltung und Aktion zu zwingen", Pfeffer unter den Schwanz streut[3]). Wenn infolge dessen der Reiter vom Pferde stürze und ein wichtiges Geschäft versäume, so liege nach v. Blume Schadensersatz wegen Nichterfüllung vor, stürze er vom Pferde und verletze sich schwer, so sei dies im Sinne v. Blumes „Schaden infolge positiver Vertragsverletzungen". Dabei liege aber doch „dieselbe Pflicht und dieselbe Verursachung" vor!

Hier bedarf, wie dies oben in § 4 ausgeführt ist, das Beispiel Krückmanns noch der Substanziierung. Ist der Reiter verletzt und kann er deshalb seinen Ritt nicht fortsetzen, kann der Eisenbahnfahrgast, weil er bei einem Eisenbahnunglück verletzt ist, die angefangene Reise nicht vollenden, kann der Schuster die Stiefel nicht ausbessern, weil er sie zerstört hat, kann die gelieferte Maschine deshalb nicht benutzt werden, weil sie infolge einer ihr anhaftenden, vom Unternehmer zu vertretenen Eigenschaft eine andere Maschine, die zur Zusammenarbeit mit ihr bestimmt ist, unbrauchbar gemacht hat, — so handelt es sich allerdings um „dieselbe Verursachung"! Liegen die Fälle so, so können nach den Regeln des Kausalzusammenhanges beide Schäden (Körperverletzung und Schaden wegen Versäumung der wichtigen Geschäfte, z. B. entgangener Gewinn) schon auf Grund der positiven Vertragsverletzung[4]) geltend gemacht werden[5]). Es

1) Seite 329.
2) Seite 330 f.
3) Siehe oben Seite 36.
4) Wenn man die Schadensersatzhaftung auf Grund dieser überhaupt anerkennt, und auch Krückmann tut dies: er nimmt hier (S. 313 ff.) „schuldhafte Schlechtleistung" an.
5) Auch wenn man wie Siber 3 c γ vor § 275, S. 188, der Meinung ist, daß die Schlechterfüllung für sich allein keinen Schaden verursachen könne, der von dem der Nichterfüllung anders als graduell verschieden wäre, so wird sich stets eine Haftung für beide Schäden begründen lassen, sei es nun, daß Unmöglichkeit der Hauptleistung vorliege, oder daß man etwa die Verletzung einer Erhaltungspflicht, auch am Vermögen des Gläubigers — Siber a. a. O. S. 187 — annehme. — Kann die Reise wegen der Verletzung des Fahrgastes (und nur deswegen) nicht fortgeführt werden, so wird man unter Berücksichtigung der Fixgeschäftsnatur des Vertrages die Haftung auch auf § 325 (verschuldete Unmöglichkeit der Leistung) stützen können, obwohl die Leistung des Unternehmers als mög-

liegt also auch „dieselbe Pflicht" vor. Das beweist aber noch nicht, und dies übersieht Krückmann, daß umgekehrt diese Schäden — anstatt auf Grund des allgemeinen Schadensersatzanspruches wegen positiver Vertragsverletzung — nach Maßgabe der §§ 538, 635 verfolgt werden können. Es ist eben zu betonen, daß auch die positive Vertragsverletzung einen Schaden zur Folge haben kann, der seiner Natur nach ebenso gut Schaden wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit sein kann (oben § 4). — Sollte von Blume freilich meinen, daß mit dem allgemeinen Anspruche wegen positiver Vertragsverletzung nur der besondere Schaden, der niemals auf das Ausbleiben der Hauptleistung zurückgeführt werden kann, zu verfolgen sei, so kann dem nicht zugestimmt werden.

Anders ist es aber, wenn der Reiter trotz seiner Verletzung den Ritt fortsetzen könnte, dies aber deshalb nicht kann, weil das Pferd wegen des Pfeffers unter seinem Schwanze nicht vom Flecke zu bringen ist, wenn der Eisenbahnreisende durch seine Verletzung an der Fortsetzung der Reise nicht behindert wird, die Reise aber deshalb nicht vollendet werden kann, weil der Schienenbruch, der den Eisenbahnunfall und damit die Verletzung des Reisenden zur Folge gehabt hat, auch die Weiterfahrt verhindert, ferner, wenn die gelieferte Maschine eine andere Maschine beschädigt und dann wegen eines ihr anhaftenden Mangels nicht mehr weiterläuft. In diesen Fällen beruht, wie oben schon dargelegt, nur ein Teil des eingetretenen Schadens auf der Schlechtleistung, nämlich die Verletzung des Körpers des Reiters oder Reisenden und die Beschädigung der Maschine, nicht dagegen die Versäumung der wichtigen Geschäfte und der daraus etwa sich ergebende Gewinnausfall und der durch die Nichtbenutzung der (gelieferten) Maschine entstandene Schaden (z. B. auch entgangener Gewinn); die letzteren Schäden sind auf die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Unternehmers zurückzuführen.

Die Schäden haben hier ganz verschiedene Ursachen, wenn etwa die Zugsentgleisung, welche die Körperverletzung verursacht hat, die Folge eines Schienenbruchs war, die Nichtfortsetzung der Reise aber nicht die Folge des — bald behobenen — Schienenbruchs, sondern eines unabhängig hiervon eingetretenen Kohlen- oder Wassermangels ist[1]).

Die Schäden können aber auch, insoweit hat Krückmann Recht, eine gemeinsame Ursache haben. So lagen die soeben aufgeführten Beispiele. In § 4 war nur gezeigt[2]), daß in den ersteren Fällen der gesamte Schaden auf die Erfüllungshandlung, in den letzteren Fällen dagegen nur die eine Art des Schadens hierauf zurückzu-

---

lich anzusehen wäre, wenn man sich die Mitwirkung des Gläubigers bei der Leistungshandlung hinwegdenkt, siehe Oertmann AZP. 116, S. 1 ff., S. 46.

1) Vergl. oben S. 42.

2) Und nur dies sollte gezeigt werden.

führen war. Daß die Erfüllungshandlung selbst schlecht war, hat nun (in den letzten Beispielen) aber wieder eine andere Ursache, nämlich das Streuen des Pfeffers unter den Pferdeschwanz, den Schienenbruch oder etwa eine Undichtigkeit im Dampfkessel der Lokomotive, die Benutzung schlechten Materials bei Herstellung der Maschine. Diese Umstände führen für sich allein keinen Schaden des Gläubigers, des Bestellers, herbei. Erst die Hingabe des Pferdes zur Miete, die Ausführung der Eisenbahnfahrt, die Lieferung der Maschine führen die Körperverletzung, die Beschädigung der anderen Maschine herbei. Andererseits verhindern der Schienenbruch, das Pfefferstreuen, die Benutzung des schlechten Materials (diesmal ohne Dazwischentreten der Schlechtleistung) den Schuldner an der Erfüllung seiner Hauptverpflichtung, nämlich der Fortführung der Eisenbahnfahrt, der Gewährung des vermieteten Pferdes während der Mietzeit in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand (§§ 535, 536) und der Herstellung einer mangelfreien Maschine; die Folge dieser Nichterfüllung ist die Versäumung der wichtigen Geschäfte. Wegen dieses Schadens haftet der Schuldner nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280, 286, 325 ff. über Unmöglichkeit oder Verzug.

So liegt, wenn die Fortsetzung der Reise nicht möglich ist, — verschuldete — Unmöglichkeit der Leistung vor, da es sich — jedenfalls in der übergroßen Mehrzahl — um Fixgeschäfte handelt; wenn die gelieferte Maschine (von vornherein oder nach kürzerem oder längerem Funktionieren) nicht zu verwenden ist, kann ebenfalls (subjektive) Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, nämlich, wenn der Unternehmer keine andere Maschine liefern kann; es kann auch Verzug vorliegen (der aber z. B. wegen Fehlens der erforderlichen Mahnung nicht vorhanden zu sein braucht). Es handelt sich also nicht um Verletzung derselben „Pflicht", sondern einerseits um Haftung wegen positiver Vertragsverletzung (Schlechterfüllung), andererseits um Haftung auf Grund der Vorschriften über die Unmöglichkeit oder Verzug. Ein Grund, den Schuldner wegen derjenigen Umstände auf Schadensersatz haften zu lassen, welche ihrerseits wiederum die Ursache sowohl für die Schlechterfüllung als auch für das Ausbleiben, (Unmöglichkeit oder Verzug) der Leistung sind, für sich allein aber keinen Schaden hervorrufen, liegt nicht vor, selbst wenn man dem Schuldner aus dem Eintreten dieser Umstände einen Vorwurf machen, sie ihm zum Verschulden anrechnen könnte.

Dies ist auch Krückmanns Standpunkt nicht[1]); er legt (S. 313) dem Schuldner die Pflicht sorgfältiger Vornahme der Leistungshandlung auf, und führt aus: „die entsprechende Verschuldensform ist die schuldhafte Schlechtleistung, aber auch die schuldhafte Herbeiführung der Leistungsunmöglichkeit". In der Tat handelt es

1) Siehe auch Krückmann in L.Z. 1915, S. 1566.

sich, wenn der Stallmeister dem Pferde Pfeffer unter den Schwanz streut, die Eisenbahn nicht dafür sorgt, daß die Schienen oder die Lokomotive in Ordnung sind, die Maschinenfabrik das von ihr verwendete Material nicht prüft, um Verletzung bloßer Vorbereitungspflichten, oft auch „Sorgfaltspflicht" genannt[1]), von „Obhutspflichten"[2]), einer „sekundären"[3]), „unselbständigen"[4]) Pflicht des Schuldners. Die Frage, ob der Schuldner eine dieser vorbereitenden Pflichten verletzt habe, ist wesentlich für die Entscheidung der Frage, ob er das nachher eingetretene Ausbleiben der Leistung oder die nachher eingetretene Schlechterfüllung zu vertreten habe[5]).

Leonhards und Krückmanns Standpunkt kann mithin nicht als begründet anerkannt werden; es ist weder einzusehen, weshalb der „besondere Schaden" durchaus mit den §§ 463, 538, 635 verfolgt werden müsse, noch liegt bei beiden Schäden stets „dieselbe Pflicht und dieselbe Verursachung" vor.

Es bleibt demnach nichts Anderes übrig, als unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" im Sinne des § 635 das zu verstehen, was das Gesetz auch in den Bestimmungen der §§ 280, 286, 325, 326 darunter versteht, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit. Daß diese Bestimmungen so aufzufassen sind, darüber herrscht (schon angesichts des Wortlauts: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit") kein Streit[6]).

Wie oben ausgeführt, ist der durch die mangelhafte Erfüllung hervorgerufene Schaden von dem durch die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung verursachten zu scheiden. § 635 gewährt nun ausschließlich diesen durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetzt, während mit dem allgemeinen Anspruch aus Schlechterfüllung nur der Schaden eben wegen der Schlechterfüllung[7]) verlangt werden kann.

Die Bedeutung des § 635 liegt darin, daß einmal die Beweisfrage hinsichtlich der Verursachung des Schadens in vielen Fällen zu Gunsten des Bestellers erleichtert wird (a), und daß ferner auch seine Rechte im Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften über die Schadens-

---

1) Zu vergl. Siber bei Planck Seite 189.
2) Zitelmann Seite 273.
3) Lehmann, Unterlassungspflicht Seite 11 f., 90, 273, 275 ff.
4) Siber a. a. O. Vorbemerkung III B 1, S. 20 f.; S. 185.
5) Vergl. Siber S. 189; Zitelmann S. 273 unten, 274.
6) Der Streit zwischen Differenz- und Surogationstheorie trifft etwas Anderes, siehe oben S. 45 f.; vergl. auch Mot. II S. 479; auch Eckstein A.B.R. 43, S. 202, Abs. 5: „Es ist kein Anlaß anzunehmen, daß das Gesetz mit den Worten Schadensersatz wegen Nichterfüllung etwas Anderes sagen will, als die wörtliche Auffassung ergibt". Die „wörtliche" Auffassung ergibt nun allerdings nicht ohne weiteres, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit gemeint sei.
7) Die folgenden Ausführungen seien gestattet, obwohl sie, bes. S. 55—57, streng genommen, eine Abschweifung vom Thema bedeuten.

ersatzhaftung (aus Schlechterfüllung und aus den §§ 280ff. 325ff.) erweitert werden[1]), indem ihm nämlich die Möglichkeit gegeben wird, auch solchen ihm erwachsenen Schaden vom Unternehmer ersetzt zu verlangen, dessen Vergütung er nach den allgemeinen Grundsätzen nicht fordern könnte (b).

a) In den Fällen, in denen dem Besteller durch die Schlechterfüllung ein Schaden erwachsen ist, der seiner Natur nach ebenso gut durch die Nichterfüllung entstanden sein könnte, ist es oft leichter, diesen Schaden als Nichterfüllungs- und nicht als Schlechterfüllungsschaden einzuklagen. So, wenn der Besteller in der Tat erst durch die Lieferung der (mangelhaften) Maschine veranlaßt ist, Gebäude und Unterlagen für diese Maschine zu bauen, die sich nachher als nutzlos herausstellen; wenn er erst durch Lieferung der Maschine veranlaßt wird, die Maschine seinerseits zu verkaufen, und dann ihm Gewinn entgeht, da die Maschine Mängel aufweist. Es handelt sich um die oben besprochenen Fälle, in denen es Tatfrage ist, ob der Schaden auf die Schlechterfüllung oder auf die Nichterfüllung zurückzuführen ist. Hier wird es stets leichter sein, den Schaden als Nichterfüllungsschaden zu berechnen, zumal es sehr oft innere Vorgänge sind, die den Besteller in Verbindung mit der Schlechterfüllung zu den schädigenden Handlungen veranlaßt haben. Es ist viel leichter zu sagen, da die gelieferten Maschinen wegen ihrer Mängel nicht brauchbar seien, also die Verpflichtung zur Herstellung eines mangelfreien Werkes nicht erfüllt sei, könne der Besteller die Anlagen nicht verwerten, die er für diese Maschine hergestellt habe, als den Nachweis zu führen, daß der Besteller nicht schon durch den Abschluß des Werkvertrages, sondern erst durch die Schlechterfüllung zur Aufstellung der Gebäude usw. veranlaßt sei, und nun, da die Maschine mangelhaft sei, diese nicht verwenden könne. Dieselbe Erwägung läßt sich mit dem Beispiel des Verkaufs der zu liefernden oder gelieferten Ware anstellen[2]).

b) Diese Erwägungen sind durchaus praktischer Art. Im Leben wird es doch meist so liegen, daß der Besteller sich nicht erst durch die Schlechterfüllung (die Lieferung der schlechten Maschinen) zu solchen — wegen des Mangels des Werkes — schadenstiftenden Handlungen herbeileiten läßt, sondern er wird seine Dispositionen schon vorher, vielleicht schon vor Abschluß des Werkvertrages (er verkauft eine Maschine, die er sich erst anfertigen lassen will) treffen. Auch würde der Besteller, wie leicht einleuchtet, eine sogenannte abstrakte Schadensberechnung niemals auf die Schlechterfüllung stützen können. Wenn er diese Schäden aber nicht auf die Schlechterfüllung, (die ja als solche nach der herrschenden Ansicht zum Schadensersatze verpflichtet), sondern nur auf die Nichterfüllung, das Ausbleiben der Leistung

1) So auch Eckstein a. a. O. S. 200, 203.
2) Siehe oben S. 42.

stützen kann, so wird er oft, da die allgemeinen Regeln versagen [1]), gar keinen Schaden — trotz der mangelhaften Erfüllung des Unternehmers! — ersetzt verlangen können.

Man nehme die beiden soeben besprochenen Fälle und denke sich den Schaden durch die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit entstanden: Der Besteller erhält die Maschine, die er schon weiter verkauft hat, geliefert; er nimmt sie an, kann sie dann aber nicht los werden, da sich ihre Mängel herausstellen. War kein bestimmter Tag für die Lieferung der Maschine festgesetzt worden und hat der Besteller den Unternehmer nicht gemahnt, ist der Unternehmer ferner imstande, eine andere tadellose Maschine herzustellen, so kann der Besteller keinen Schadensersatz verlangen; es liegen weder Verzug noch Unmöglichkeit vor. Denkbar wäre als Aushilfe für den Besteller hier der überaus schwierige Beweis, daß er, falls nicht (mangelhaft) geliefert wäre, den Unternehmer gemahnt und ihm eine Frist gemäß § 326 gesetzt hätte; er wäre dann, mit anderen Worten, durch die fehlerhafte Erfüllungshandlung verhindert worden, Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund des § 326 zu verlangen und würde somit auf diesem verschlungenen Umwege diesen Schaden ersetzt bekommen. Damit wäre dem Besteller natürlich nicht gedient. Die Bedeutung des § 635 liegt also vor allem darin, daß der Besteller in die Lage versetzt wird, einen ihm erwachsenen Schaden von dem Unternehmer ersetzt zu verlangen, ohne nachweisen zu müssen, daß der Unternehmer diesen Schaden — schuldhaft — verursacht habe, oder, daß die allgemeinen Voraussetzungen der verschuldeten Unmöglichkeit oder des Verzuges, besonders der §§ 325, 326 vorlägen. Unbilligkeiten werden dadurch vermieden, daß auch im Falle des § 635 in der Regel erst die Setzung einer Frist gemäß § 634 verlangt werden muß [2]).

Hier ist es angebracht, im Sinne Krückmanns [3]) von einer „Strafhaftung" oder „verkappten Privatstrafe" zu reden, wenn man berücksichtigt, daß das Gesetz hier den Unternehmerschuldner einen Schaden ersetzen läßt, der ursächlich nicht auf Handlungen des Unternehmers zurückgeführt zu werden braucht. Nur weil ihm das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben wird, kann daher der Besteller auch ohne weiteres geleistete Zahlungen oder Anzahlungen zurück verlangen. So, wenn der Besteller des Lagerhausbaues den Werklohn wieder haben will [4]). Hätte der Besteller hier nur den Anspruch wegen (der für die Vorausleistung des Kaufpreises nicht ursächlichen) Schlechterfüllung, so würde er, da es sich um seine Gegenleistung handelt, nicht einmal einen Bereicherungsanspruch haben [5]). So

1) Vergl. R.G. 53, S. 89 ff.
2) Oertmann Bem. 2a zu § 635.
3) Jh. J. a. a. O. S. 323; vergl. Planck-Siber S. 197 Abs. 3.
4) Recht 1920 a. a. O.
5) RG. 66, S. 133.

aber hat er, da man § 280 Abs. 2, S. 2 (vergl. auch § 325 Abs. 1 S. 2) doch wohl zum Mindesten analog anwenden kann, einen Anspruch auf Grund der § 346 ff. [1]).

Daß § 635 die Rechte des Bestellers in dieser Art erweitert, stellt durchaus keine Besonderheit des Gesetzes dar. Es kommt öfter vor, daß der Schuldner einen Schaden zu ersetzen hat, für den er nach den strengen Regeln der Kausalität nicht verantwortlich gemacht werden kann. Man nehme vor allem den Fall des § 463, wonach der Verkäufer, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet. Das arglistige Verschweigen hat hier nur verursacht, daß der Käufer den Vertrag abgeschlossen hat, so daß hiernach nur der durch den Vertragsschluß entstandene Schaden, das sogenannte negative Vertragsinteresse, zu ersetzen wäre, keinesfalls aber unter allen Umständen Schadensersatz wegen endgültiger Nichterfüllung des Vertrages (der natürlich, wie nach den bisherigen Ausführungen nicht weiter auseinander gesetzt zu werden braucht, mit dem „Vertrauensschaden" identisch sein kann) [2]).

Wirklich verantwortlich im Sinne der Kausalität für den Schaden wegen Nichterfüllung ist der Schuldner nur in den Fällen der §§ 280, 325. Ist durch sein (vertretbares) Verhalten die ihm obliegende Leistung unmöglich geworden, so ist eben die Leistung endgültig nicht erfüllbar, und es ließe sich, falls man ein allgemeines Haftungsprinzip (für Verschulden) [3]) annehmen will, schon aus diesem ableiten, daß der Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu leisten habe [4]).

In den Fällen der §§ 286, 326 ist die Sachlage schon anders [5]); hier wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit gewährt, obwohl die Verbindlichkeit keineswegs endgültig unerfüllbar ist; der Gläubiger soll aber trotzdem berechtigt sein, seinen Schaden so zu berechnen, als ob dies der Fall wäre.

Die Erweiterung der Rechte des Bestellers durch § 635 erscheint

---

1) Anders Eckstein a. a. O. S. 201.

2) Vergl. auch Planck-Siber I 1 b α; 5 b vor § 275.

3) Zu vergl. Brecht, Jh. J. 53, 233 f.; 235.

4) Insoweit kann den Ausführungen v. Blumes a. a. O. S. 236 f. nicht zugestimmt werden, wonach sich im Falle der Unmöglichkeit der Leistung aus einem solchen allgemeinen Rechtssatze nur ergeben würde, daß der Schuldner Schadensersatz „wegen Vernichtung der Forderung zu leisten, also den Wert der Forderung zu ersetzen" habe. Denn es kann in dieser Allgemeinheit jedenfalls — vergl. hierzu Planck-Siber, 2 zu § 275, bes. S. 242 — nicht anerkannt werden, daß in den Fällen der §§ 280, 325 die Forderung des Gläubigers erlösche; selbst wenn man sich aber auf diesen Standpunkt stellt, dürfte praktisch kein Unterschied vorhanden sein; der „Wert der Forderung" dürfte doch nach dem Interesse zu bemessen sein, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Verbindlichkeit hat; auf diesem Umwege würde er also wiederum Schadensersatz wegen endgültiger Nichterfüllung der Verbindlichkeit fordern können.

5) Hier richtig v. Blume a. a. O.; vergl. auch Planck-Siber 1a α vor § 275.

auch rechtspolitisch durchaus gerechtfertigt. Wenn der Unternehmer ein mangelhaftes Werk liefert, so muß der Besteller sich darauf verlassen können, daß der Unternehmer das Werk so hergestellt hat, wie es sich gehört. Er muß allen Schaden, der ihm dadurch entsteht, daß er auf die Lieferung eines mangelfreien Werkes vertraute, ersetzt verlangen können.

Hätte der Unternehmer nicht damit gerechnet, ein tadelloses Werk zu erhalten, so wäre ihm kein Schaden entstanden. Er hätte keine Gebäude für die Maschinen herstellen lassen, hätte die Maschine nicht (weiter-)verkauft, er hätte sich dann anderweit eingedeckt. Insofern kann man hier von einem Vertrauensschaden sprechen. Es erscheint billig, daß der Unternehmer für diesen Schaden einzustehen hat, wenn er den Mangel des Werkes nach allgemeinen Grundsätzen (§ 276) zu „vertreten" hat. Daß gerade im Werkvertragsrecht im Gegensatz zum Kauf, wo der Käufer für verschuldete Mängel nur nach Maßgabe der Verursachung haftet[1]), eine solche Haftung festgesetzt wird, hat seine guten Gründe.

Der Speziesverkäufer hat sich lediglich darum zu kümmern, daß die verkaufte Sache nicht beschädigt wird, der Gattungsverkäufer hat die zu liefernde Sache mit Sorgfalt auszuwählen, dem Unternehmer dagegen liegt — im Gegensatz zum Verkäufer — die Bearbeitung der Sache ob, er stellt sie her, und es handelt sich auch (außer dem Falle des eine nicht vertretbare Sache betreffenden Werklieferungsvertrages) um eine ihm nicht gehörige Sache, um ein fremdes Rechtsgut[2]).

Eckstein S. 200 f. vertritt nun die Ansicht, daß der Besteller wählen müsse, ob er Schadensersatz wegen der mangelhaften Erfüllung — neben Wandelung oder Minderung — oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wolle; neben Schadensersatz wegen Nichterfüllung will Eckstein also, wie bei den beiden anderen in § 635 alternativ zugelassenen Rechte des Bestellers, den Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung nicht zulassen.

Ein Grund hierfür ist aber nicht einzusehen. Man nehme Ecksteins eigenes Beispiel (S. 201): Der gelieferte Dampfkessel, für den 1000 Mark bezahlt sind, ist mangelhaft; Reparaturen erfordern 200 Mark; durch den Stillstand des Betriebes entsteht ein Schaden von 500 Mark infolge Entgehens von Gewinn; ein neu angeschaffter Kessel kostet 1300 Mark. Nehmen wir nun den Fall, daß der Betrieb still steht, weil der gelieferte Kessel nicht zu gebrauchen ist[3]) (und nicht, weil der gelieferte Kessel z. B. durch Platzen die Fabrik des Bestellers zerstört hat), so beträgt der Schaden wegen mangelhafter Erfüllung

1) Die Tatbestände der §§ 463, 480 sind anders geartet.
2) Siehe Planck-Siber Vorbemerkung III B 1; 3b α vor § 275.
3) Vergl. oben S. 41.

200 Mark, der Schaden wegen Nichterfüllung 500 Mark und 300 Mark. Weshalb soll der Besteller nun aber „auf keinen Fall . . . 300, 200 und 500 Mk. als Schadensersatz beanspruchen“ und außerdem gemäß §§ 346 ff. die Rückzahlung des Werklohnes von 1000 Mark verlangen können? Er kann die Maschine nicht gebrauchen, also bekommt er den Werklohn zurück; er hat unnütz Reparaturen machen lassen, dafür erhält er 200 Mark; durch die Nichtverwendbarkeit der Maschine, (also das Ausbleiben der Leistung), ist ihm ein Schaden von 500 Mark (entgangener Gewinn) entstanden; auch diesen muß er ersetzt bekommen; grundsätzlich muß dem Besteller aber auch der Schaden von 300 Mark, den Eckstein ihm unter keinen Umständen neben den anderen Schäden ersetzen will, zugebilligt werden. Dieser Schaden unterscheidet sich zwar von dem Schaden wegen des entgangenen Gewinnes dadurch, daß es sich hier um Schaden wegen endgültiger Nichterfüllung handelt; wenn der Besteller sich eine neue Maschine anschafft, so behandelt er den Vertrag als von dem Unternehmer für alle Zeiten nicht erfüllt. Das dürfte aber noch kein Grund sein, diesen Schaden anders zu behandeln. Wenn der Besteller nach dem Erfüllungsversuche des Unternehmers diesen in Verzug und ihm vergeblich eine Frist gemäß § 326 gesetzt hätte, so würde wohl auch Eckstein dem Besteller die 300 Mark noch außerdem zubilligen. Etwaige Ungerechtigkeiten ließen sich (abgesehen von der Vorschrift des § 634) durch Anwendung des § 254 beseitigen. Wenn der Besteller beispielsweise durch rechtzeitige Anzeige des Mangels an den Unternehmer die Anschaffung einer neuen Maschine hätte vermeiden können, so wird man ihm gemäß der Bestimmung des § 254 den Ersatz des Schadens, den er durch Anschaffung des teureren Kessels erlitten hat, versagen müssen[1]). Dasselbe kann aber auch bezüglich des entgangenen Gewinnes der Fall sein. Es ist möglich, daß auch das Entgehen des Gewinnes — jedenfalls zum Teil — sich hätte vermeiden lassen, wenn der Besteller dem Unternehmer frühzeitig den Mangel angezeigt und ihn gemäß § 633 zur Beseitigung aufgefordert hätte.

Das Ergebnis der Untersuchung über die rechtliche Natur der Schadensersatzansprüche des Bestellers „wegen des Mangels“ ist demnach: Der rechtlichen Natur nach besteht kein Unterschied zwischen einem allgemeinen (nach dem RG. aus § 276 abzuleitenden) Anspruche des Bestellers wegen Schlechterfüllung (positiver Vertragsverletzung) und dem Anspruche aus § 635; es läßt sich in dieser Hinsicht keine Trennung machen zwischen Ansprüchen, die einen unmittelbar auf dem Mangel des gelieferten Werkes beruhenden Schaden ersetzt wissen wollen, und solchen, die auf Ersatz eines nur mittelbar auf den Werkmangel zurückzuführenden Schadens gehen,

1) Vergleiche zu dem Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 Oertmann, 1 b zu § 254; Planck-Siber, 2 b daselbst.

noch zwischen Ansprüchen, die auf Mängeln (sei es mittelbar oder unmittelbar) beruhen, und solchen, die auf Verletzung einer „Nebenverpflichtung" beruhen. Der rechtliche Grund aller dieser Ansprüche ist derselbe. Auch § 635 ist nur ein Fall dieses allgemeinen Anspruches; seine Bedeutung beruht nicht darin, daß die unter ihn fallenden Tatbestände einer anderen Begründung bedürfen, sondern in dem Umstande, daß er außer den Folgen, die schon der allgemeine Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung zu Gunsten des Bestellers nach sich zieht, dem Besteller noch *besondere Rechte* gewährt.

§ 6.

a) Es kommen demnach zwei Arten von Schadensersatzansprüchen „wegen des Mangels" in Betracht:

1) der allgemeine Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung (positiver Vertragsverletzung), nach herrschender Ansicht aus § 276 abzuleiten; es handelt sich um *die* Fälle der „Schlechterfüllung", daß ein mangelhaftes Werk in vom Unternehmer zu vertretender Weise hergestellt ist, und daß dieser Umstand (adäquat) einen Schaden herbeigeführt hat;

2) der Schadensersatzanspruch aus § 635; hier braucht zwar (siehe oben) der Mangel nicht ursächlich für den entstandenen Schaden zu sein; trotzdem handelt es sich hier ebenso um Schadensersatzansprüche „wegen" eines Mangels des Werkes; denn, wie gezeigt, ist (abgesehen von dem Nachweis der Entstehung des Schadens) die Begründung dieser Ansprüche genau dieselbe, wie die des „allgemeinen" Schadensersatzanspruches; auch die Ansprüche gemäß § 635 werden auf der Grundlage *des Mangels* erhoben.

Diese Ansprüche fallen als Schadensersatzansprüche „wegen des Mangels" unter die kurze Verjährung des § 638.

Ebenso wie — nach der herrschenden Ansicht — beim Kauf gibt es also auch im Werkvertragsrecht einen allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen des Mangels, der der kurzen Verjährung unterliegt. Mit diesem allgemeinen Anspruch fällt der Anspruch aus § 635, der aus den Seite 51 ff. erörterten Gründen im Gegensatz zum Kaufrecht beim Werkvertrage seine Berechtigung hat, unter die kurze Verjährungsfrist. Irgendwelche Unterschiede innerhalb dieser Schadensersatzansprüche sind nicht berechtigt.

Mit einer Verschiedenheit der rechtlichen Natur bestimmter Schadensersatzansprüche des Bestellers läßt sich die Anwendung eines bestimmten Verjährungsrechtes nicht begründen. Denn, wie bisher nachzuweisen versucht ist, sind die — besonders von der Rechtsprechung gemachten — rechtlichen Unterschiede innerhalb der Schadensersatzansprüche aus Mängeln und selbst innerhalb der Ansprüche aus der *Schlechterfüllung*

im allgemeinen nicht anzuerkennen [1]). Aber auch die besonders von Schultze [2]), auch von v. Blume [3]) für den Kauf beliebte Gegenüberstellung von Verschuldens- und Gewährleistungshaftung versagt im Werkvertragsrecht völlig, da § 635, dessen Fälle, wie von keiner Seite bezweifelt wird [4]), unter § 638 fallen, gerade von zu vertretenden, also auch von vom Unternehmer verschuldeten (§ 276!) Mängeln redet [5]).

Ein Vergleich zwischen der kaufrechtlichen Bestimmung des § 477 und der des § 635 darf auch nicht dazu verführen, anzunehmen, daß nur die Fälle des § 635, nicht aber die des allgemeinen Schadensersatzanspruches unter § 638 fielen. Man könnte argumentieren, § 477 erwähne überhaupt keinen Schadensersatzanspruch „wegen des Mangels"; wenn § 638 dies tue, so meine diese Vorschrift mit den Schadensersatzansprüchen wegen des Mangels nicht den auch beim Kauf bestehenden allgemeinen Schadensersatzanspruch, sondern die Spezialvorschrift des § 635. Sieht man von dem Grunde [6]) ab, der für eine Unterwerfung des allgemeinen Schadensersatzanspruches beim Kauf unter die kurze Verjährung des § 477 spricht, so erledigt sich dieser Einwand schon durch Eckſteins [7]) Hinweis darauf, daß zur Zeit der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuches „das Schadensrecht eine noch ganz unausgebaute Materie" und es dem Gesetzgeber nicht völlig klar war, inwieweit schon die allgemeinen Rechtssätze den Gläubiger schützten. § 635 sollte dem Besteller für alle Fälle Schutz gewähren! Hält man sich demgemäß vor Augen, daß der Gesetzgeber an einen allgemeinen Anspruch aus Schlechterfüllung überhaupt nicht gedacht hat, so erklärt sich auch leicht die Nichterwähnung dieses Anspruches in den §§ 477, 638. Dann ist aber nichts gegen die Anwendbarkeit der kurzen Verjährung auch auf diesen allgemeinen Anspruch (§ 276) bewiesen!

Andererseits sind aber nur Ansprüche wegen eines Mangels der kurzen Verjährung zu unterwerfen, nicht sonstige Ansprüche wegen Schlecht-(Anders-)Leistung.

Deshalb ist es nicht richtig, wenn Krückmann [8]) behauptet, § 638 mache „innerhalb der verschuldeten Schlechtleistung keinerlei Unterschiede". Nach Krückmann [9]) fallen unter „verschuldete Schlechtleistung" sowohl Fälle, in denen der Schaden auf einen Mangel des

---

1) Siehe zuletzt Seite 57 f.
2) ABR. 30 S. 143 ff., s. auch Dernburg-Kaape, II, 2, § 185, Anm. 2 f.
3) Jh. J. 55 S. 240, vergl. auch Staud.-Kuhlenbeck Bd. II, S. 164; Kober das. 2 zu § 477.
4) Nur die Erstreckung des § 635 ist umstritten.
5) Siehe auch Enneccerus § 135, Anm. 6.
6) Der schweren Feststellbarkeit des Mangels nach längerer Zeit, vergl. unten Seite 59.
7) Seite 200 (a. a. O.)
8) Jh. J. a. a. O. S. 336.
9) a. a. O. S. 311.

Werkes zurückzuführen ist, als auch Fälle, in denen der Schaden auf einer Schlechterfüllung im anderen Sinne beruht. Es ist aber doch wohl nicht zu bestreiten, daß § 638 nur von der „verschuldeten Schlechtleistung" im ersten Sinne redet. Liegt zufällig Schlechterfüllung im doppelten Sinne zugleich vor, (der Unternehmer stellt die elektrische Lichtleitung mangelhaft her; infolgedessen tritt nach einiger Zeit Kurzschluß ein; bei der Herstellung entsteht durch unvorsichtiges Vorgehen mit der Lötlampe ein Zimmerbrand), so läßt sich, mögen auch Mangel der Hauptleistung und schädigende Nebenwirkung auf derselben Handlung beruhen, doch sehr gut feststellen, ob der entstandene Schaden auf den Mangel (als weiteres Zwischenglied) als Ursache zurückgeführt werden kann oder nicht. Man kann demnach auch nicht behaupten, auf diese Weise werde das Verursachen in „zwei gar nicht voneinander zu trennende Unterarten" zerrissen (siehe Krückmann a. a. O. S. 334) [1]).

Als einziger, und keineswegs „allerallgemeinster" [2]) Grund für die kurze Verjährung kann nach allem — jedenfalls im Werkvertragsrecht — nur der in den Mot. II, S. 486 f., 238 angeführte angesehen werden. Danach hat das Gesetz die auf Grund von Mängeln erhobenen Schadensersatzansprüche der kurzen Verjährung unterworfen, weil die Ermittlung und Feststellung von Beschaffenheitsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.

Die vom Gesetz aus diesem Grunde angeordnete kurze Verjährung trifft den Besteller auch nicht allzu schwer. Denn man muß von dem Besteller (wie auch von dem Käufer) erwarten, daß er sich das hergestellte Werk darauf ansieht, ob es zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten oder zu dem gewöhnlichen Gebrauche geeignet ist, oder ob es die zugesicherten Eigenschaften hat. Zurückstehen muß demgegenüber deshalb das Bedenken, welches daraus hergeleitet werden kann, daß ein Schadensersatzanspruch schon verjährt sein kann, bevor der Besteller von dem Mangel Kenntnis erlangt [3]).

Gerade im Gegensatz zu anderen Schlechterfüllungsschäden hat der

1) Es scheint fast, als ob Krückmann S. 336 einem ähnlichen Irrtum erlegen sei, wie v. Blume S. 242. v. Blume sagt hier, der Wortlaut des § 638 umfasse alle Ansprüche des Bestellers auf Schadensersatz wegen eines Mangels des Werkes. Trotzdem (!) komme das RG. mit vollem Recht zu dem Ergebnisse, daß nicht die besondere Verjährung des § 638, sondern die allgemeine Verjährung Platz greife, wenn der Anspruch des Bestellers sich nicht (!) auf einen Mangel des gelieferten Werkes, sondern auf ein positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtgemäße Sorgfalt usw. gründe.

2) Siehe Schultze ABR. 30, S. 147.

3) So Mot. II, S. 486 f. Diese Erwägung mag auch für die Lieferung eines aliud zutreffen; allein hier paßt — abgesehen vielleicht von Grenzfällen — der Grund der schweren Feststellbarkeit nach längerer Zeit nicht.

Besteller daher besonders auf Schäden zu achten, die sich aus „Mängeln" herleiten lassen[1]).

b) Geht man hiernach davon aus, daß diese Schadensersatzansprüche — der allgemeine Schadensersatzanspruch aus Schlechterfüllung und der Schadensersatzanspruch aus § 635 — der kurzen Verjährung unterworfen sind, weil sie ihren Grund in einem *Mangel* des Werkes finden, so wird man die kurze Verjährung auf eine gewisse Gruppe anderer Schadensersatzansprüche des Bestellers, die nicht als Schadensersatzansprüche „wegen des Mangels" anzusprechen sind, aber unter ganz bestimmten Voraussetzungen geltend gemacht werden, *analog* anzuwenden haben.

Der Besteller kann die Herstellung eines mangelfreien Werkes verlangen[2]); er kann ein mangelhaftes, ihm angebotenes Werk zurückweisen[3]). Aber wenn er das (abnahmefähige) mit einem Mangel behaftete Werk abgenommen, d. h. im Sinne der herrschenden Meinung[4]) als Erfüllung angenommen hat, muß der Besteller sich auf den Standpunkt stellen können, daß — da ein mangelhaftes Werk hergestellt — nicht erfüllt oder — in den oben bezeichneten besonderen Fällen — teilweise nicht erfüllt sei, es sei denn, daß er den Mangel des Werkes bei der Abnahme kannte (§§ 640 Abs. 2, 254) — (in den letzteren Fällen wird die teilweise Leistung fast immer kein Interesse für den Besteller haben). Hat er z. B. den Unternehmer gemahnt, und ihm eine Frist gemäß § 326 gesetzt, und liefert der Unternehmer darauf ein mangelhaftes Werk, so wird man dem Besteller, sei es nun, daß er das Werk gleich zurückweist, sei es, daß er es zunächst in Unkenntnis des Mangels als Erfüllung annimmt, um den Mangel erst später zu entdecken, auch den Schadensersatzanspruch[5]) aus § 326 zubilligen müssen. Es spricht nichts dafür, daß die allgemeinen Bestimmungen der §§ 275 ff. 325 ff. durch die §§ 633 ff. ausgeschlossen sein sollten, zumal Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung grundsätzlich zu trennen sind. Es sind ja auch gerade Fälle denkbar, in denen nicht § 635, sondern nur § 326 oder § 283 dem Besteller einen Schadensersatzanspruch gewähren, § 326 z. B. dann, wenn der Unternehmer zwar die *Verspätung* der Leistung, nicht aber den *Mangel* des Werkes verschuldet hat[6]). Da es nach dem Wortlaut des § 635 zum Mindesten zweifelhaft ist, ob der Besteller das Ver-

---

1) Gegen HGB. a. a. O. S. 52.
2) § 633, oben Seite 15.
3) § 640; Oertmann Bem. 2b zu § 633.
4) Oertmann Bem. 2b γ zu § 640, S. 733.
5) Auch das Rücktrittsrecht, das im Rahmen dieser Arbeit nicht interessiert.
6) Vergl. für den Kauf Oertmann, Vorbemerkung 2 zu §§ 459 ff.; Haymann S. 20 ff. Auch § 323 dürfte neben den §§ 633 ff. Geltung haben; denn er kann eben nur für die Fälle der *Unmöglichkeit* Anwendung finden, s. auch die unklare RG.-Entsch. im Recht 1917, Nr. 1798.

schulden des Unternehmers beweisen muß [1]), so hat besonders § 326, bei dem gemäß §§ 282, 285 den Unternehmer die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens trifft, für den Besteller eine nicht geringe Bedeutung [2]).

Macht der Besteller auf Grund dieser Bestimmungen nach Abnahme des Werkes Schadensersatz wegen Nichterfüllung [3]) geltend, so wird dieser Schadensersatzanspruch der kurzen Verjährung des § 638 zu unterstellen sein, obwohl es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch „wegen" des Mangels handelt. Denn auch hier hängt das Durchdringen des Bestellers mit seinem Schadensersatzanspruche davon ab, ob ein Mangel vorliegt; hier wie in den Fällen der Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung und des § 635 muß der Besteller das Vorhandensein des Mangels beweisen; denn mit der Annahme des gelieferten Werkes als Erfüllung kehrt sich die Beweislast, daß der Unternehmer erfüllt habe, zu Ungunsten des Bestellers um (siehe § 363). Kommt es hiernach auf den Beweis des Mangels an, so liegen dieselben Gründe, die das Gesetz in § 638 veranlaßt haben (siehe oben Seite 59), die Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und aus § 635 der kurzen Verjährung zu unterstellen, auch bei diesem Anspruche vor; auch hier würde der Umstand, daß noch nach längerer Zeit der Beweis eines Werkmangels unternommen würde, verkehrsstörend wirken. Trotz der rechtlichen Verschiedenheit dieser Ansprüche wird man daher auch hier wegen Gleichheit des maßgebenden Grundes die kurze Verjährung des § 638 anzuwenden haben.

Dieser Satz wird auch bei nicht abnahmefähigen Werken Geltung zu beanspruchen haben [4]). Nur tritt hier an Stelle der „Abnahme" der Zeitpunkt der „Vollendung" des Werkes, der ja vom Gesetze für die wichtigen Fälle der Verjährung, der Fälligkeit der Vergütung und des Überganges der Gefahr [5]) demjenigen der Abnahme bei abnahmefähigen Werken gleichgestellt wird. Ist mithin das nicht abnahmefähige Werk, als — wenn auch mangelhaft — vollendet [6]) anzusehen (was nach der Verkehrssitte zu entscheiden ist), so wird der Besteller,

---

1) a. A. Levy, S. 55; auch wohl Oertmann, 1d zu § 635; nach der herrschenden Meinung muß er dies auch bei „positiver Vertragsverletzung"; richtiger ist wohl die Gegenmeinung, vergl. hierzu Planck-Siber, Bem. 2b α zu § 282.

2) Falls die Lieferung des mangelhaften Werkes vollständige Nichterfüllung der Hauptleistung bedeutet, hat der Besteller also dieselben Ansprüche wie bei Lieferung eines aliud; im Falle eines mangelhaften Werkes kommen außerdem noch die besonders gearteten Ansprüche der §§ 633 ff. in Frage.

3) Ob der Besteller das mangelhafte Werk zurückzugeben hat, richtet sich nach §§ 346 ff.; vergl. oben Seite 54.

4) Darüber, wann von Nichtabnahmefähigkeit eines „Werkes" gesprochen werden kann, siehe unten Seite 73 f.

5) § 646, Oertmann hierzu.

6) Die Vollendung hat der Unternehmer zu beweisen.

wenn er Ansprüche aus den §§ 280, 283, 286, 325, 326 geltend macht, die Mangelhaftigkeit des Werkes zu beweisen haben; auch in diesen Fällen werden daher diese Ansprüche der kurzen Verjährung des § 638 zu unterstellen sein, so z. B. etwaige auf § 326 zu stützende Schadensersatzansprüche wegen eines mangelhaften, mündlich erstatteten Gutachtens, siehe unten S. 73 f.

§ 7.

Die Anwendbarkeit der kurzen Verjährung hängt mithin allein davon ab, ob ein Mangel des Werkes vorliegt oder nicht. Es ist deshalb zu untersuchen, wann von einem Mangel des Werkes gesprochen werden kann und wann nicht.

Das Werk ist mit einem Mangel im Sinne des Gesetzes behaftet, wenn es nicht die zugesicherten Eigenschaften hat, oder wenn es mit Fehlern behaftet ist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern (§ 633; siehe Oertmann 1 b β zu § 633; Staudinger-Kober Bem. 2 das.).

a) Ist Gegenstand des Werkvertrages die Herstellung einer Sache, ist mithin die Sache als das „Werk" anzusehen, so ergeben sich (für den Werkvertrag) keine besonderen Schwierigkeiten. Ob ein Mangel vorliegt, ist hier genau so zu beurteilen, wie beim Kauf einer Sache. Die Kommentare[1]) verweisen denn auch insoweit mit Recht auf ihre Ausführungen zu § 459. Für die Entscheidung der Frage, ob der gelieferten Maschine, dem Bauwerk, Mängel anhaften, ist es gleichgültig, ob die Maschine (der Bau) erst hergestellt wird oder fertig gekauft ist. Auf die sich in diesen Fällen ergebenden Streitfragen einzugehen, ist deshalb, da sie keine Besonderheiten bieten, hier nicht der Ort. So wird auch beim Werkvertrage die Frage, wann ein mangelhaftes Werk, und wann ein aliud vorliege, lediglich nach der Verkehrssitte zu entscheiden sein[2]). Legt man dies zu Grunde, so wird man ein nicht vollendetes Werk[3]) stets als aliud anzusehen haben, auch wenn sich etwa mit Bestimmtheit sagen läßt, daß es nach seiner Vollendung mit Mängeln behaftet sein wird. Denn, wenn das Werk noch nicht vollendet ist, so ist es eben als solches noch nicht da; was vorhanden ist, ist etwas Anderes, nicht das herzustellende Werk.

Keine anderen Schwierigkeiten macht die Frage, wann von einem Mangel des Werkes zu reden sei, bei denjenigen Werkverträgen, die auf die Veränderung (Umarbeitung, Bearbeitung, Verbesserung) einer Sache gehen. Auch hier ist wie bei der Herstellung einer

1) Vergl. Oertmann a. a. O.; Staudinger-Kober a. a. O.; Planck-André, Bem. 1a zu § 633.

2) H. A. Fischer, ZHR. 58, S. 367; RG in LZ. 1908, S. 158[9].

3) Ob es sich um ein solches handelt, entscheidet wiederum die Verkehrssitte, s. oben Seite 61.

Sache der Zustand der Sache für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel vorliege oder nicht, maßgebend. Hier kommt dann freilich nicht der Zustand der Sache in ihrer Gesamtheit in Frage, sondern nur insoweit, als eine Bearbeitung der Sache auf Grund des Vertrages vorgenommen ist; soll also beispielsweise ein bestimmter Maschinenteil ausgebessert werden, so liegt kein Mangel vor, wenn dieser Teil tadellos in Ordnung gebracht, gleichzeitig aber die Maschine an anderer Stelle beschädigt wird; diese Beschädigung ist Schlechterfüllung im Sinne einer „schädigenden Nebenwirkung" der Erfüllungshandlung. Dieselben Grundsätze werden anzuwenden sein, wenn der (lebende) menschliche Körper, also keine Sache im Rechtssinne bearbeitet wird, z. B. wenn man sich vom Friseur die Haare schneiden läßt (Riezler S. 124).

Geht man hiernach die Gerichtsentscheidungen, bei denen es sich um Herstellung oder Veränderung einer Sache handelt, durch, so ergibt sich folgendes:

Mit Recht ist die kurze Verjährung angewandt, wenn in der nicht ordnungsmäßig funktionierenden Trockenluft-Kühlanlage Fleisch verdorben ist[1]); daß die Kühlanlage zum Aufbewahren von Fleisch bestimmt sein sollte, ist wohl nicht nur als ihr „nach dem Vertrage vorausgesetzter", sondern auch als ihr „gewöhnlicher" Gebrauch zu bezeichnen; war sie nicht dazu geeignet, so haftete ihr ein „Fehler" an[2]). Ferner ist richtig die kurze Verjährung zur Anwendung gebracht in den Fällen RG. 95, 2 ff. (Lieferung mangelhafter Maschinen) und RG. 93, 158 (ebenso)[3]), ferner im Falle LZ. 1916, 1362 f.; — vergl. Sächs. Arch. 1905, 194; — wenn ein Bau gegen die Regeln der Baukunst aus frischem Holz und nassem Lehm hergestellt ist, so daß die Gefahr des Faulens des ganzen Baues besteht, wird man unbedenklich, da er dann nicht bewohnbar ist, einen Fehler des Baues, der ihn zu dem gewöhnlichen Gebrauche, nämlich zum Wohnen, unbrauchbar macht, annehmen können[4]). Ebenso war die kurze Verjährung anzuwenden in den Fällen OLG. 28, 193 und Pos. Mon. Schr. 1907, 7. In beiden Fällen handelte es sich um die Veränderung einer Sache. Wenn im ersten Falle ein Nagel, der zur Befestigung des Hufeisens in den Huf des Pferdes eingeschlagen wurde, vom Schmied zu weit in den Körper des Tieres, nämlich in den Hufkern, hineingetrieben wurde, so ist das Werk mangelhaft hergestellt: Das Hufeisen konnte wegen

1) RG. 71, 173 ff.

2) Ob der Anspruch aus § 635 begründet oder als Anspruch wegen Schlechterfüllung anzusehen ist, ist nach den Ausführungen oben Seite 57 ff. gleichgültig; im Zweifel wird das letztere der Fall sein; denn, daß ohne Lieferung der schlechten Kühlanlage das Fleisch verdorben wäre, ist für den Regelfall nicht anzunehmen.

3) Ob der Anspruch in diesen Fällen auf positiver Vertragsverletzung oder auf § 635 beruht, ist, da die Tatbestände in dieser Hinsicht keinen genügenden Aufschluß bieten, nicht zweifellos; es kann dies aber ja dahingestellt bleiben.

4) Vergl. Oertmann 4b α zu § 459.

des falschen Einschlagens von dem Tiere nicht, oder jedenfalls nur in unvollkommener Weise benutzt werden; es handelte sich also um einen Fehler, der die Benutzung des Werkes zu dem gewöhnlichen Gebrauche aufhob oder wenigstens minderte; wenn das Pferd infolge dieses Mangels des Werkes verendete oder erkrankte, so ist demnach mit vollem Rechte der Schadensersatzanspruch des Bestellers dem § 638 unterworfen worden. Dem OLG. Colmar ist auch durchaus beizupflichten, wenn es die Verschiedenheit dieses Falles von dem Tatbestande betont, der (OLG. 22, 307 f.) dem OLG. München zur Beurteilung vorlag (siehe oben Seite 9, 10). Der Anspruch ist freilich in beiden Fällen als ein Anspruch aus der Schlechterfüllung (positiver Vertragsverletzung) zu begründen; dennoch beruht nur der eine Anspruch auf einem Mangel; daß das Pferd in dem zweiten Falle in einen umherliegenden Hufnagel trat, hat nichts mit der Herstellung des Werkes zu tun, das tadellos hergestellt sein kann. Das verschiedene Ergebnis, welches mithin in diesen Fällen erzielt wird, erscheint auch durchaus gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, daß man von dem Besteller verlangen muß [1]), daß er sich die bearbeitete Sache darauf ansieht, ob die Bearbeitung ordnungsmäßig oder mangelhaft erfolgt ist; tat er dies, so mußte er das falsche Einschlagen des Hufnagels bemerken; dann konnte er seine Ansprüche rechtzeitig geltend machen; daran, daß das Pferd etwa an einem anderen Hufe sich verletzt habe, brauchte er aber nicht zu denken; wenn hierauf beruhende Ansprüche der langen Verjährung unterworfen werden, so erscheint dies billig. Ähnliches gilt für den Fall der mangelhaften Ausbesserung einer Dampfmaschine [2]).

In den nachstehenden Fällen war, entgegen den Entscheidungen der Gerichte, die kurze, und nicht die lange Verjährung anzuwenden:

Gr. 55, 944 ff. (oben S. 8): Wenn der Klavierstuhl ein sich leicht lösendes Bein hatte, so haftete ihm ein Fehler an, der die Benutzung des Werkes zu dem gewöhnlichen Gebrauche (dem Daraufsitzen) untauglich machte. Der (auf Schlechterfüllung beruhende) Schadensersatzanspruch des Bestellers wegen der Körperverletzung verjährt deshalb in der kurzen Frist. Ferner im Falle der mangelhaft hergestellten Baupläne (Recht 1907, Nr. 1304, oben S. 10); (eine stillschweigende Vereinbarung der Verlängerung der Verjährungsfrist dürfte nur in ganz seltenen Fällen angenommen werden können, s. unten S. 74).

Zu Recht ist die 30jährige Verjährung angenommen in den Fällen OLG. 22, 307 (siehe oben) und W. 1911, Nr. 168; auch wenn in diesem Fall die elektrische Lichtanlage vollendet und abgenommen wäre, würde der Schadensersatzanspruch des Bestellers der

1) S. oben S. 59.
2) Pos. Mon. Schrift a. a. O.

langen Verjährung zu unterstellen sein; denn wenn die Lichtanlage auch ohne Fehler gewesen wäre, so würde der Brand doch (durch das unvorsichtige Umgehen mit der Lötlampe) entstanden sein. Hat der Architekt den Neubau schuldhaft über die Grenze gebaut, so wird man in dem Überbau in der Regel keinen Fehler sehen können, der die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert, oder hieraus auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft schließen können. Der Schadensersatzanspruch gegen den Baumeister wegen der Schlechterfüllung wird daher der Verjährung des § 195 zu unterstellen sein[1]). Zweifelhaft ist allerdings, ob man nicht eine Minderung des Wertes im Sinne des § 633 anzunehmen hat.

Schwieriger ist die Entscheidung, wann man einen „Mangel" des „Werkes" anzunehmen habe, bei den sogenannten immateriellen Werken. Die bisher besprochenen Werkverträge, die die Herstellung oder Veränderung einer Sache zum Gegenstande haben, wird man mit Oertmann (Bem. 1 b vor § 631) als auf ein körperliches Werk (materielles opus) gerichtet anzusehen haben; denn das herzustellende Arbeitsergebnis ist ein körperliches. Anders dagegen, wenn der gemäß dem Vertrage herbeizuführende Erfolg in einer geistigen Wirkung (einem geistigen Effekt) — z. B. Unterweisung, Vorführung eines Schauspiels[2]), Abgabe eines Gutachtens, — oder „in der Ortsveränderung eines körperlich unverändert bleibenden Gegenstandes" oder einer Person[3]) — Transport- oder Beförderungs-Vertrag — besteht; hier hat man es mit einem unkörperlichen Werke (immateriellen opus) zu tun. In diesen Fällen kann man das Vorhandensein eines Mangels nicht durch das Betrachten des Zustandes einer Sache feststellen.

aa) Ob man sagen kann, daß ein unkörperliches Werk einen Fehler aufweise, oder daß es eine zugesicherte Eigenschaft nicht besitze, wird davon abhängig zu machen sein, ob man im Leben sich so auszudrücken pflegt, mit anderen Worten: die Verkehrssitte hat zu entscheiden, wie ja die Verkehrssitte letzten Endes[4]) dafür entscheidend ist, ob man überhaupt sagen kann, es sei zwar das herzustellende Werk geliefert, aber mangelhaft, oder ob man die Leistung eines aliud anzunehmen hat. So wird man mit Riezler (S. 122) annehmen müssen, daß der Gesang einer Sängerin oder das Spiel eines Pianisten gewisse Eigenschaften besitzen und auch mit Fehlern behaftet sein kann.

Eine Betrachtung dieser Fälle erübrigt indes, da Mängel derartiger Leistungen wohl niemals irgend welchen Schaden nach sich

1) OLG. Karlsruhe, Bad. Rechtspraxis 1906, S. 252, hält § 635 für gegeben.
2) Oertmann a. a. O.
3) siehe hierüber näher unten Seite 66 ff.
4) siehe oben Seite 62.

ziehen werden[1]). Als praktisch bedeutsam erscheinen nur die Fälle der Abgabe von Gutachten und der Erteilung von Unterricht[2]). Daß ein falsches Gutachten einen Schaden anrichten kann, zeigt der Fall RG. 64, 41 ff. Wichtig sind auch die Fälle, in denen sich ein Bankier zur Raterteilung verpflichtet[3]). Auch eine unrichtige Unterrichtserteilung kann Schaden zur Folge haben. So, wenn jemand sich zur Bedienung einer Maschine anleiten läßt und ihm hierbei falsche Handgriffe beigebracht werden, bei deren Anwendung er sich Verletzungen zuzieht. Kann in diesen Fällen von „Mängeln" des Werkes gesprochen werden? Man wird dies unbedenklich bejahen können. Denn die Abgabe von Gutachten und die Unterweisungen haben mit den Fällen der körperlichen Werke das gemeinsam, daß beide Male etwas „hergestellt" wird, was noch in der Gegenwart wirksam besteht; nur ist es das eine Mal etwas Körperliches, Greifbares, das andere Mal liegt ein „geistiger Effekt", aber auch hier liegt doch etwas in der Gegenwart Vorhandenes vor. Es ist demnach für diese Frage auch gleichgültig, ob z. B. das Gutachten durch schriftliche Fixierung einen körperlichen Niederschlag gefunden hat, oder ob es nur mündlich abgegeben ist[4]). Es erscheint denn auch durchaus nicht irgendwie gezwungen, zu sagen, die Grundstückstaxe (Gutachten) besitze einen Fehler, der ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch (Benutzung bei Kauf, Verkauf, oder Beleihung des Grundstückes) aufhebe oder wenigstens mindere, wenn die Taxe unter Außerachtlassung der maßgebenden landschaftlichen Grundsätze aufgestellt ist. Der Schadensersatzanspruch in RG. 64 a. a. O. ist daher der kurzen Verjährung des § 638 zu unterwerfen. Ebenso ist die dem „Besteller" zuteil gewordene Unterweisung (das was ihm beigebracht ist), mit einem solchen Fehler behaftet, wenn sie ihn nicht befähigt, die Maschine richtig zu handhaben. Nach diesen Gesichtspunkten ist auch die Entscheidung im Recht 1918, Nr. 512 (oben S. 8) zu beurteilen.

bb) Eine besondere Behandlung erheischen die Beförderungsverträge, von denen Riezler (a. a. O. S. 124) zutreffend sagt, daß sie eine Gruppe für sich bilden. In Betracht kommen diejenigen Verträge, die auf die Beförderung eines Menschen oder einer Sache von einem bestimmten Ort an einen anderen bestimmten Ort gerichtet sind. Diese sind stets als Werkverträge anzusehen. Rümelin (der übrigens zu demselben Ergebnis kommt — S. 164, Abs. 1) bezweifelt dies für kürzere übersehbare Transporte, z. B., wenn einem Gepäckträger eine Sache zum Transport innerhalb einer Stadt übergeben, wenn eine Droschke genommen werde (a. a. O. S. 157, 163). In diesen Fällen könne man nicht mit Sicherheit behaupten, ob die Ver-

1) a. M., aber nicht im Ergebnis, Riezler S. 123.
2) Soweit hier ein Werk- und nicht ein Dienstvertrag in Frage kommt.
3) Siehe hierzu Oertmann Bem. 1b α, αα zu § 676.
4) Anders Riezler S. 124.

tragsparteien an den Erfolg — das Arbeitsergebnis — (also die Ortsveränderung der Sache) oder nur an die Tätigkeit — die Arbeit — (das Befördern der Sache) gedacht hätten. Allein weshalb soll hier ein Unterschied zwischen kleinen und großen Transporten bestehen? Auch wenn man innerhalb derselben Stadt sich vom Bahnhof nach Hause fahren läßt oder dem Gepäckträger den Gepäckschein aushändigt, damit er das Gepäck in die Wohnung bringt, ist es doch ebenso selbstverständlich [1]), daß der Besteller den Vertrag mit dem Droschkenkutscher oder dem Dienstmann oder Gepäckträger nur eingeht, damit der jeweilige Erfolg (die Ortsveränderung der Person oder der Sache) eintrete, wie wenn man etwa von Hamburg nach New-York fährt. Die Tätigkeit des „Unternehmers" tritt doch in allen diesen Fällen ganz zurück!

Möglich ist es allerdings, daß es bei Beförderungen nur auf die Tätigkeit abgesehen ist [2]), beispielsweise dann, wenn eine Spazierfahrt durch den Wald unternommen wird, oder wenn man sich, wie dies von Reisenden in der Schweiz häufig geschieht, ein sogenanntes Reiseabonnement für 14 Tage oder 4 Wochen nimmt, kraft dessen man die Bahnen der Eidgenossenschaft innerhalb dieser bestimmten Zeit beliebig benutzen kann. Ebenso ist es auch möglich, daß der Schleppvertrag des Binnenschiffahrts- [3]) und Seerechts [4]) Werk- oder Dienstvertrag ist; Werkvertrag dann, wenn der Schlepper das Schiff des „Bestellers" nach einem bestimmten Punkt befördern soll, Dienstvertrag, wenn das Schleppschiff (und dessen Besatzung) nur im allgemeinen bei der Beförderung von Schiffen mitzuwirken bestimmt ist. Diese Beförderungs-Dienstverträge haben hier auszuscheiden.

Inwieweit kann nun bei den als Werkverträge anzusprechenden Beförderungsverträgen, also dann, wenn Beförderung von Ort zu Ort versprochen ist, von Mängeln des Werkes die Rede sein?

Der Beförderungsvertrag hat die Leistung eines immateriellen Werkes zum Gegenstand. Das „Werk" ist hier die Ortsveränderung eines Menschen oder einer Sache. Daß, wie Riezler Seite 124 unten annimmt, die Ortsveränderung zu einer bestimmten Zeit zu erfolgen habe, kann nicht als essentiale des Werkvertrages anerkannt werden. Einen Unterschied zwischen der Beförderung von Personen und Sachen zu machen, liegt kein Anlaß vor [5]). Die Eigenart des Beförderungsvertrages liegt darin, daß bei ihm [6]) die Herstellung des Werkes weder einen körperlichen noch einen geistigen Niederschlag zur Folge hat. Wenn eine Sache hergestellt, und auch wenn sie ver-

1) Vergl. Oertmann S. 666 Abs. 2.
2) Vergl. Oertmann S. 666 Abs. 5; Rümelin S. 164 Abs. 2.
3) Vergl. Mittelstein S. 430.
4) Der übrigens häufig gleichzeitig handelsrechtlicher Frachtvertrag ist.
5) Vergl. hierzu Oertmann bei Grünhut 24, S. 45 f.
6) Vergl. zum folgenden Oertmann 3c γ zu § 640.

ändert wird, so ist der eingetretene Erfolg *sichtbar*; wird ein (mündliches oder schriftliches) Gutachten angefertigt oder (in den Fällen des Unterrichtswerkvertrages[1]) dem Schüler eine gewisse Fertigkeit beigebracht, so ist ein bestimmter, wenn auch nur geistiger Effekt hervorgebracht, der aber doch in der Gegenwart als solcher besteht; denn er läßt sich durch Wiederholung jedenfalls der wesentlichen Punkte stets feststellen. Am Verwandtesten sind dem Beförderungsvertrage die Vorführung von Schauspielen oder der Vortrag eines Liedes. Diese „Werke" lassen sich so, wie sie einmal ausgeführt sind, wohl nie wiederholen. Hier ist ebenso *wie beim Beförderungsvertrage das Werk mit seiner Herstellung identisch*[2]; mit seiner Vollendung ist es zerronnen. Hier ist es demnach am Platze, die *gesamte Tätigkeit* des Unternehmers, die „Herstellung" vom Beginn der Arbeit bis zur Vollendung[3]) als das Werk zu bezeichnen[4]).

Es fragt sich, kann man von „Eigenschaften" oder „Fehlern" dieses Werkes, also der Gesamtleistung des Unternehmers, der Ortsveränderung, der Beförderung von Ort zu Ort (als Ganzes gedacht) sprechen? Man darf die Untersuchung dieser Frage nicht damit beginnen, indem man feststellt, daß gewisse Folgen, die die Mängel *materieller* Werke hervorzurufen vermögen, hier gar nicht eintreten können, wie die Beseitigung des Mangels oder die Wandelung[5]). Das hieße das Pferd von hinten aufzäumen!

Wenn *Riezler* (S. 124) nun den Satz aufstellt, die Ortsveränderung könne „nur entweder erfolgen oder nicht erfolgen oder nicht rechtzeitig erfolgen", so ist dem zuzustimmen. *Nicht* beizupflichten ist dagegen der weiteren Behauptung Riezlers, die Ortsveränderung könne „nicht mangelhaft erfolgen".

Denn die Nichtrechtzeitigkeit, die Verzögerung der Ortsveränderung bedeutet gleichzeitig einen Mangel des Werkes. Es liegt dies in der Eigenart des hier in Betracht kommenden „Werkes" begründet; das Werk ist identisch mit einer Handlung, die sich in der Vergangenheit vollzogen hat. Bei Werken, die, wenn auch nur geistig, noch in der Gegenwart fortbestehen, kann dies nicht in Frage kommen. Man kann nicht sagen: Das Gutachten ist nicht rechtzeitig oder langsam, sondern nur: Das Gutachten ist zu spät abgegeben; nicht das Gutachten, sondern seine Abgabe ist verzögert worden. Wohl aber kann man sagen: Die Ortsveränderung war nicht rechtzeitig, zu langsam, sie ist verzögert worden. Schnelligkeit der Ortsveränderung kann als Eigenschaft zugesichert werden, wenn anders man unter „Eigenschaft"

1) Meistens wird hier ein Dienstvertrag vorliegen.
2) Oertmann a. a. O.
3) „vollendet" ist das „Werk", wenn der vorher festgesetzte Ort erreicht ist.
4) Rümelin S. 45 ff.
5) Mittelstein S. 431; anders Riezler S. 122.

alle Verhältnisse zu verstehen hat, die nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung des Werkes auszuüben pflegen[1]). War vereinbart worden, daß die Beförderung von Ort zu Ort innerhalb einer bestimmten Zeit nach dem Kalender erfolgen solle, und wird diese Zeit nicht innegehalten, so leidet das Werk — die Ortsveränderung — an einem Fehler, der die Tauglichkeit des Werkes zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder mindert. Denkbar sind, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, auch Fälle, in denen man von dem „gewöhnlichen Gebrauche" in diesem Sinne reden kann[2]). Ist eine bestimmte Zeit vereinbart, so liegt, falls überhaupt ein Verschulden des Unternehmers vorhanden ist, stets auch Verzug (ohne Mahnung, § 284) vor; die Bedeutung des Umstandes, daß „nach den Anschauungen des Verkehrs" dann auch ein „Mangel" des Werkes anzunehmen ist, liegt darin, daß der Besteller nicht den Verzugsschaden, sondern auch Schaden wegen endgültiger Nichterfüllung gemäß § 635 geltend machen kann. Großer praktischer Wert ist dem allerdings nicht beizumessen, da in den Fällen der bestimmten Zeit es sich meist um eine „festbestimmte Zeit" (§ 361), also um ein Fixgeschäft handeln wird, so daß der Besteller schon nach §§ 280, 325 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern kann.

Ist aber keine bestimmte Zeit vereinbart, so braucht — mangels Mahnung — trotz Verschuldens des Unternehmers kein Verzug vorzuliegen; dann kann der „Besteller" wegen des Mangels nach § 635 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Aber auch diese Fälle sind unpraktisch; denn für die wichtigen Fälle des Beförderungsvertrages im Eisenbahnrecht und im Postrecht gilt Sonderrecht; für jenes § 466 HGB., § 26 EVO. (auf Grund von § 472 HGB.); für dieses § 6 des Ges. über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871.

Riezler wird aber nicht durch Levy[3]) widerlegt. Levy bildet folgende zwei Beispiele: „Wir fahren z. B. in einer fremden Stadt nach einem Ausflugsort; dabei verabreden wir mit dem Kutscher, daß er den Weg A und nicht den Weg B passiere, weil ersterer landwirtschaftlich[4]) schöner sei[5]). Oder: Ich sende Waren nach A, sage dem Frachtführer, daß diese Waren über B geschickt sein sollen, weil ich sie dort evtl. einem Kunden zeigen will". Wenn nun der Kutscher

---

1) Vergl. Oertmann Bem 5b α zu § 459.

2) Ebenso kann auch die Langsamkeit z. B. der Vorführung eines Schauspiels, also ebenfalls eines mit einem historischen Vorgang identischen Werkes, einen Mangel dieses „Werkes" bedeuten.

3) a. a. O. S. 15 f.

4) Gemeint ist wohl „landschaftlich".

5) Hier ist es zweifelhaft, ob nicht nach dem oben S. 67 f. Gesagten ein Dienstvertrag als vorliegend anzunehmen ist.

trotzdem den Weg B nehme und der Frachtführer die Ware nicht über B sende, so sei zwar erfüllt, denn „der im Endziel gewünschte Erfolg" sei eingetreten; jedoch es sei mangelhaft erfüllt; und zwar lasse sich der Mangel von keinem der bei Riezler erwähnten Gesichtspunkte aus erledigen. Das Letztere ist zwar richtig; es ist aber auch nicht „mangelhaft" erfüllt. In beiden Fällen hat der „Unternehmer" zwei Verpflichtungen übernommen: 1. die Person oder die Ware von Ort zu Ort zu befördern, und 2. den Fahrgast einen bestimmten Weg zu fahren (Dienstvertrag!), bezw. die Ware (nicht nur von C nach A, sondern auch) nach B zu senden. Aber, wenn die zweite Verpflichtung nicht erfüllt ist, so ist die erste nicht mangelhaft im Sinne des Gesetzes (§ 633) erfüllt. Denn es ist doch nicht möglich zu sagen: die Beförderung der Ware von Hamburg nach Hannover besitzt die „Eigenschaft", die Stadt Celle zu berühren! Noch weniger ist es erlaubt, hier einen Fehler anzunehmen, der den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder mindert. Man muß scharf im Auge behalten: Das Werk ist nicht etwa die Beförderung — die Tätigkeit — als solche, sondern die Beförderung von Ort zu Ort, die Gesamttätigkeit! Auch hier ist das unvollendete Werk ein aliud; es kommt auf die Fehler des vollendeten Werkes an.

Der einzig denkbare Gebrauch der Ortsveränderung (vollendet vorgestellt) beruht aber darin, daß man die Person oder die Sache (das Substrat des Werkes) an dem bestimmten Orte hat. Wenn die zur Herstellung des Werkes erforderliche Tätigkeit des Unternehmers einen zweiten gewünschten Erfolg (Berühren der Stadt X) nicht herbeiführt, so ist dies doch für die Veränderung des Ortes des „Substrates" gänzlich gleichgültig; sie kann durchaus erfolgt und zwar rechtzeitig erfolgt sein; vielleicht erfolgt sie deshalb nur noch schneller. Durchaus gleichartig ist die Sachlage[1]), wenn eine chemische Fabrik, die für den „Besteller" ein bestimmtes Präparat herzustellen hat, sich verpflichtet hat, dieses Präparat auf eine Weise anzufertigen, daß sich hierbei gewisse chemische Verbindungen ergeben, die zur Herstellung eines anderen chemischen Präparates benutzt werden können. Wenn die Fabrik nun trotzdem einen anderen Weg zur Herstellung des ersten Präparates wählt, so wird man doch nicht sagen können, dieses Präparat besitze einen Fehler, oder es entbehre einer zugesicherten Eigenschaft!

Ebensowenig kann man behaupten, das Werk (die Ortsveränderung) weise Mängel auf, wenn das zu befördernde Substrat vom Unternehmer beschädigt oder gar zerstört wird. Das OLG. Hamburg (HGZ. 29, S. 51) nimmt dies ohne Begründung an. Es sagt kurzer-

1) Um ein Beispiel aus dem Gebiete der auf ein materielles Werk gerichteten Werkverträge heranzuziehen, an die allein der Gesetzgeber bei Einführung der Mängelhaftung in das Gebiet des Werkvertragsrechtes wohl gedacht hat, vergl. Riezler S. 122.

hand: „Ob das RG.[1]) angenommen hat, daß überhaupt kein Mangel des Werkes vorliege, ist nicht klar[2]). Richtig würde solche Annahme jedenfalls nicht erscheinen. Sie könnte nur dann richtig sein, wenn sich trotz der Verletzung der beförderten Person sagen ließe, daß der herbeizuführende Erfolg, die Hinschaffung der Person nach dem Bestimmungsorte, mangelfrei herbeigeführt worden sei. Dieses läßt sich jedoch nicht sagen." Also eine petitio principii! Ihm schließt sich Lotmar[3]) an. Lotmar sagt: „Wird das Objekt des Transportvertrages nicht unversehrt, sondern beschädigt abgeliefert, so gelangt der Akkord nicht zu gehörigem Vollzug, und die damit gegebene Unterwirkung ist eine der Qualität, die Arbeit ist mangelhaft". Wenn man unter „Arbeit" die Tätigkeit (nicht das Arbeitsergebnis, das Werk) versteht, so mag dies eine gewisse Berechtigung haben. Allein das Werk, die Ortsveränderung, weist keine Mängel (§ 633) auf. Zunächst erscheint es schon wieder rein sprachlich unmöglich, zu sagen, es sei eine Eigenschaft der Ortsveränderung, (die vielleicht zugesichert werden könnte), daß das Substrat keinen Schaden nehme. Man kann aber auch nicht von einem Fehler gemäß § 633 reden. Die Beschädigung des Substrates kann selbstverständlich (ebenso wie seine Vernichtung) die Ausführung der Ortsveränderung unmöglich machen. Ist sie aber – rechtzeitig – erfolgt, so ist es doch kein Fehler der Ortsveränderung, wenn das Werk beschädigt ist; die Ortsveränderung ist zu dem gewöhnlichen und vertragsgemäßen Gebrauche durchaus tauglich; das Werk ist da, es ist zur rechten Zeit da! Wenn die Ortsveränderung für den Besteller wegen der Beschädigung keinen Zweck mehr hat, so liegt das nicht an der Ortsveränderung, sondern an der Beschädigung. Die Ortsveränderung als solche ist tadellos erfolgt.

Es ist genau so, wie wenn jemand Fresken an einer Mauer – ohne Mangel – herstellt, dabei aber das Mauerwerk beschädigt, so daß die Mauer umstürzt; die Anfertigung der Fresken hat dann auch ihren Zweck (die Mauer zu verschönen) verfehlt; es wird aber wohl niemand behaupten wollen, das sei ein Mangel des Werkes (der Fresken)![4]). Als einziger Mangel der Ortsveränderung kann mithin

---

1) RG. 62, S. 119 ff.

2) Dies ist völlig klar, das RG. a. a. O. sagt ausdrücklich: „Der Schadensersatzanspruch gründet sich aber im vorliegenden Falle nicht auf einen Mangel des gelieferten Werkes, sondern . . ."

3) II, S. 653 Anm. 2

4) Ganz eigenartig wäre es (bei Annahme der gegenteiligen Ansicht), daß hier der Mangel des Werkes (die Verletzung des Reisenden, Beschädigung der Möbel) schon vor dessen Vollendung, also, bevor es als Werk überhaupt vorhanden ist, eintreten und sogar einen Schaden hervorrufen könnte! Diese Ansicht führt dann zu Versuchen, einen anderen Zeitpunkt als den der Vollendung als für den Beginn der Verjährung maßgebend anzusehen, vergl. Mittelstein S. 431; RG. 62 a. a. O.; Sieveking S. 164, oder zu behaupten, die Verjährung beginne, da „der

nur ihre Langsamkeit (positiv gewendet: als Eigenschaft nur ihre Schnelligkeit) gedacht werden.

In den sämtlichen Fällen, in denen ein Fahrgast oder eine Sache beim Transport beschädigt worden ist, beruht daher dieser Schaden nicht auf einem Werkmangel, sondern auf einer schädigenden Nebenwirkung der Erfüllungshandlung (die selbst mangelhaft – zu langsam – erfolgt sein kann, nicht vollendet zu sein braucht, oder auch tadellos erfolgt ist). Die Verjährung ist deshalb, wie das Reichsgericht und die Oberlandesgerichte, außer dem I. Zivilsenat des OLG. Hamburg, mit Recht annehmen, die 30jährige des § 195.

Berücksichtigt man dies, so erhellt auch, weshalb Tosacks auf den ersten Blick bestechender Einwand hinfällig ist, wenn das RG. hier eine „Nebenverpflichtung" annehme, dann könne man auch ebensogut sagen, der Koch „habe zwar seine Hauptverpflichtung, die Lieferung des Essens, mangelfrei erfüllt, und nur die Nebenverpflichtung, das Essen genießbar zu machen, unerfüllt gelassen"[1]). Beide Fälle lassen sich nicht vergleichen: Der Koch, der ungenießbares Essen auf den Tisch setzt, hat mangelhaft erfüllt, also seine Hauptverpflichtung überhaupt nicht erfüllt (ein etwaiger Schaden – infolge Verderbens des Magens – würde auf die mangelhafte Erfüllung zurückzuführen sein); die Eisenbahn kann dagegen vollständig erfüllen, gleichzeitig aber den Reisenden beschädigen; ob man dann die Bahn auf Grund der Schlechterfüllung als solcher oder wegen Verletzung einer „Nebenverpflichtung" haften läßt, ist für die Trennung von Mängeln und anderer Schlechterfüllung, also für die Frage der Verjährung gleichgültig.

Der vom RG. eigenartig behandelte Fall J.W. 1908 S. 196, 10[2]) ist hiernach folgendermaßen zu entscheiden (siehe auch oben S. 42). Der Reisende verlangt Erstattung des Fahrpreises der Rückfahrkarte, der Kosten des durch die Zugentgleisung erzwungenen Reiseaufenthalts und Schadensersatz für die Beschädigung seiner Kleider. Wie oben ausgeführt, kann die Nichtfortsetzung der Fahrt auf der Verletzung des Reisenden oder aber auf der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung beruhen. Liegt, wie anzunehmen ist, ein Fixgeschäft vor, so wird man in beiden Fällen[3]) dem Reisenden das Recht auf Rückzahlung des Fahrpreises, auch ohne daß ein Verschulden der Eisenbahn vorzuliegen braucht, schon nach §§ 361, 346 ff. zuzubilligen haben[4]); liegt freilich kein Fixgeschäft vor, so wird er keinen Anspruch auf Erstattung des

Transport mit dem Unfalle vollendet" erscheine, vom Zeitpunkte des Unfalles ab, RG. im Recht 1905 Nr. 2540; siehe oben S. 9.

1) I § 148 II 5g, S. 608, oben S. 10.

2) Oben S. 9.

3) In dem einen Fall ist die Unmöglichkeit der Leistung erst die Folge der Verletzung des Reisenden, vergl. oben S. 42.

4) Siehe oben S. 48, Anm. 5.

Fahrpreises haben[1]); durch die Ausgaben für die Zehrung hat er nur insofern einen Schaden erlitten, als er ohne die Verletzung (oder die Unmöglichkeit der Weiterbeförderung) weniger Ausgaben hierfür gemacht haben würde; die Beschädigung der Kleider endlich beruht nur auf der „positiven Vertragsverletzung". Alle diese Ansprüche verjähren in der langen Frist; denn sie beruhen nicht auf einem Mangel des Werkes (der Ortsveränderung).

Schluß.

Die Verjährung gemäß § 638 beginnt nicht mit der Entstehung des Anspruches (hierüber vergleiche von Tuhr III S. 510 f.), sondern, unabhängig hiervon, mit der Abnahme des Werkes (§ 638), oder, wenn „nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist", mit der Vollendung (siehe oben S. 62, 71 Anm. 4) des Werkes (§ 646). Legt man den Begriff der „Abnahme" mit der herrschenden Lehre als „Annahme als Erfüllung" aus, so sind zunächst alle materiellen Werke als „abnahmefähig" zu erachten (s. Oertmann 3a zu § 640). Nicht nur die neuangefertigte Sache, sondern auch z. B. an der Villa angebrachte Fresken können abgenommen werden[2]). Aber es muß auch behauptet werden, daß ein großer Teil der immateriellen Werke abnahmefähig ist, nämlich alle diejenigen Werke, die zwar nur in einem geistigen Effekt bestehen, die aber doch einen körperlichen Niederschlag gefunden, ein Substrat zurückgelassen haben. Ein Gutachten, ein Zeitungsartikel[3]) sind immaterielle Werke, auch wenn sie schriftlich niedergelegt oder gedruckt sind; denn daß sie lesbar gemacht sind, ist gänzlich unwesentlich für die Frage, ob ein Gutachten abgegeben oder ein Zeitungsartikel verfaßt ist. Wenn das Gutachten nur mündlich abgegeben wird, so ist es allerdings mit seiner Herstellung zerronnen; es kann dann nicht abgenommen werden. Weshalb aber soll das verkörperte Gutachten (obwohl es ein geistiges Werk bleibt) nicht abgenommen werden können, und weshalb nicht der schriftlich niedergelegte Zeitungsaufsatz, der dem Redakteur zur Prüfung übergeben wird?

Man wird daher behaupten können: Abnahmefähig sind alle körperlichen Werke und diejenigen unkörperlichen Werke, die ein körperliches Substrat hinterlassen. Nicht abnahmefähig sind darum

1) Vergl. oben S. 53 f.; wie das RG. dazu kommt, zu erklären, die Rückerstattung des Fahrpreises stehe „der Wandlung gleich", ist angesichts des reichsgerichtlichen Standpunktes, wonach hier kein Mangel des Werkes vorliegt, kaum zu verstehen; über die Frage der Anwendbarkeit von Wandlung und Minderung bei unkörperlichen Werken vergl. Riezler S. 122 ff.; Oertmann Bem. 1a zu § 633.

2) Oertmann a. a. O.

3) Vergl. Riezler S. 124.

Vorträge von Künstlern usw. und vor allen Dingen das „Werk" beim Beförderungsvertrage, die Ortsveränderung.

Eine Vereinbarung, durch welche der Beginn der kurzen Verjährung des § 638 auf einen anderen Zeitpunkt als den der Abnahme oder der Vollendung verlegt wird, ist für gültig zu erachten (§§ 225 S. 2, 638 Abs. 2). Mit der Annahme, daß im einzelnen Falle eine solche Vereinbarung vorliege, wird man jedoch vorsichtig sein müssen[1]).

1) Gegen OLG. Cöln im Recht 1907, Nr. 1304, oben S. 64; RG. 62 a. a. O. oben S. 71 Anm. 4. Ob die Verlängerung über die dreißigjährige Frist des § 195 hinaus zulässig ist, ist streitig; vergl. für alle Oertmann, 5b zu § 477.

Lebenslauf.

Geboren am 8. Januar 1895 zu Hannover als Sohn des Arztes Sanitätsrates Dr. med. Hoffmann und dessen Ehefrau Johanna, geb. Oswald, erhielt ich zunächst vom Oktober 1901 bis Januar 1902 Privatunterricht in den Elementarlehren, besuchte dann vom Januar 1902 bis Ostern 1904 die Vorschule des Städtischen Lyceums II, späteren staatlichen Goethegymnasiums in Hannover, und von Ostern 1904 bis Ostern 1913 die Hauptanstalt selbst. Diese verließ ich mit dem Zeugnis der Reife. Im Sommersemester 1913 studierte ich in Göttingen und im Wintersemester 1913/1914 in Berlin Medizin. Ich wandte mich dann dem Studium der Rechtswissenschaft zu und studierte diese im Sommersemester 1914 in Berlin und vom Wintersemester 1914/1915 bis einschließlich zum Wintersemester 1916/1917 an der Universität in Göttingen. Am 7. Juli 1917 bestand ich in Celle die erste juristische Prüfung. Seit dem 18. Juli 1917 bin ich als Referendar bei dem Amtsgericht in Peine, dem Landgerichte und der Staatsanwaltschaft in Hannover, in der Rechtsanwaltschaft und im Notariate in Göttingen und bei dem Amtsgericht in Hannover tätig gewesen. Zur Zeit bin ich dem Oberlandesgericht in Celle überwiesen.